J. rom. m.
75 b

~~479~~ 483.

J. rom. m.
75 b

Buchholz

Puchta

Versuche

über

verschiedene Rechtsmaterien

mit besonderer Hinsicht

auf dabey

vorkommende Controverse.

Von

Carl August Buchholz,

dem Verfasser des Marc Aurels

beyder Rechte und der Philosophie Doctor.

Lübeck,

bey Niemann und Comp.

1808.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Einem

Hochedlen und Hochweisen Rath

der

freyen Hansestadt Lübeck

in der allertiefsten Ehrfurcht

überreicht

vom Verfasser.

Magnifici

Wohl und Hochedelgebohrne

Hochgelahrte Hoch und Wohlweise

Hochgeehrteste Herren!

Wenn der Verfasser es wagt Ew. Magnificenzen Hoch und Wohlweisheiten diese Versuche zu weihen, so ist es der innige Wunsch, den Vätern seiner Vaterstadt, ein, wenn auch schwaches, Opfer der ungemessensten Ehrfurcht zu bringen, der ihn leitet, und die Hoffnung, daß Sie es nicht verschmähen werden, mit welcher er sich zu schmeicheln wagt.

Wenn eine Zukunft, auf die er hofft, es ihm vergönnen sollte, nach diesen Erstlingsstritten bedeutendere Schritte in einer Wissenschaft zu thun, der er mit voller Neigung sich weiht, so wird nur der Gedanke, Ihres Beifalls dadurch würdiger zu werden, es seyn, der ihn anspornt.

In diesen Gesinnungen erstirbt

Ew. Magnificences

Hoch und Wohlweisheiten

Lübeck,
im März 1807. unterthäniger

der Verfasser.

Vorrede.

Die zum Theil unbedeutenden, zum Theil vielleicht nicht ganz ungelungenen historischen und belletristischen Werke, welche ich bis jetzt herausgab, waren größtentheils nur in Stunden der Erholung geschrieben, in denen ich mich ernsteren Wissenschaften hinzugeben nicht aufgelegt war. In einem ganz anderen Fache wage ich jetzt als Schriftsteller aufzutreten, ein ganz anderes Publikum haben diese Blätter zu erwarten, und jemehr ich fühle, daß es ein ehrwürdiges Publikum ist, jemehr ich annehmen muß, daß es auch ein streng richtendes ist, jemehr konnte nur die Hoffnung auf seine Nachsicht mir Muth geben.

Ich darf nicht wiederholen, was der Titel sagt, daß es Versuche sind. Ich darf nicht sagen, daß es ein vielleicht schwankender Ausflug ist: aber ich bitte meine ältern gelehrten Beurtheiler, nicht zu vergessen, daß auch sie da einst

standen, wo ich jetzt stehe, daß in das tiefere Heiligthum jeder Wissenschaft man nur langsam dringt, und daß Versuche den Weg bahnen. Darüber, daß ich hier und da mich von den Meinungen manches Rechtslehrer entfernte, darüber glaube ich keiner Entschuldigung zu bedürfen, denn es kommt bey Controversen auf die Gründe an, und wo von wissenschaftlichen Gegenständen die Rede ist, da liegt nach meiner Ueberzeugung auch im Widerspruche niemals eine Anmaßung. Caeterum non ea pollicemur, quae in erudito viro ac multo rerum usu exercitato laudentur, *sed quae in juvene:* amorem disciplinae volumus probare non doctrinam venditare. *Cuperi* obs. selectae de nat. poss. ed. Thibaut. Jenae 1804. praef. auct. p. VIII.

Der Verfasser.

Inhalt.

I. Von der Zurückhaltung der schuldigen Summe wegen bevorstehender Eviction Seite 1.
II. Von dem pacto de non praestanda evictione. . . . . 31.
III. Ueber die Frage ob eine Servitut im Thuen bestehen könne? . . . . 48.
IV. Ueber die Collation und einige in der Lehre von derselben vorkommende Streitfragen . . . . 61.
V. Ueber einige Controversen in der Lehre von der Tutel . . . . 97.
VI. Ist der letzte Indossatarius des Wechsels Mandatarius aller Indossanten, des Remittenten, und des Trassanten, und welche culpa muß er prästiren? 116.

Seite.

VII. Ist der Acceptant des Wechsels verbunden zu haften, wenn nach geschehener Acceptation, die im Wechsel ausgedrückte Summe, betrügerisch höher gesetzt ist? . . . . 127.

VIII. Ist es nothwendig, daß sich der wahre Eigenthümer des versicherten Schiffes oder der Waaren bey Schliessung des Assecuranzcontractes nenne? . . . 144.

IX. Von der Präscription bey Assecuranzsachen . . . . 160.

Versuche

über

verschiedene Rechtsmaterien.

Von der Zurückhaltung der schuldigen Summe wegen bevorstehender Eviction.

§. 1.

Es ist allgemein angenommen, daß wenn dem Käufer einer Sache Eviction bevorsteht, er, falls er die Kaufsumme noch nicht bezahlt hat, ein legales Retentionsrecht an ihr ausüben kann. Dieß ist nicht allein den Gründen der Billigkeit angemessen, sondern auch durch positive Gesetze sancirt.

§. 2.

Papinian sagt in libro 3 Responsorum l. 18. ff. de peric. et com: „ante pretium solutum, do„minii quaestione mota, pretium emptor solvere „non cogitur, nisi fidejussores idonei a venditore „ejus *evictionis* offerantur.“ Daß er hier von der Retention spricht, obwohl er ihrer nicht ausdrücklich erwähnt, erhellt daraus, daß er den Fall aufstellt, wo das Kaufgeld noch nicht bezahlt ist. Und ob er gleich nur vom Kaufcontract redet, so giebt doch die Natur der Sache an die Hand, daß dieß Gesetz seine Anwendung auf jeden onerosen Vertrag findet. Er spricht von einer schon angestellten Klage, und erlaubt dann dem Käufer das Pretium zurückzuhalten, schließt aber dadurch den Fall nicht aus, wo die Klage noch nicht angestellt ist, sondern läßt folgern, daß auch dann der Käufer das Pretium nicht zahlen, mithin retiniren dürfe,

wenn eine gegründete Besorgniß vor der Eviction obwalte. Dieß läßt sich aus Gründen der Vernunft schließen.

§. 3.

Uebereinkommend mit diesem Gesetz ist l. 24. Cod. de evict. wo es heißt: „Si post perfectam venditionem, ante pretium numeratum rei venundatae „mota fuerit quaestio, vel mancipia proclament „ad libertatem, cum in ipso limine contractus „immineat evictio, emtorem si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non „compelli, juris auctoritate monstratur.“ Perfect ist bekanntlich der Kaufcontract, sobald die Contrahenten über Waare und Preis einig sind, consumirt wenn Tradition der ersten und Zahlung des letzten erfolgt ist. Ist nun die Waare tradirt, der Preis aber noch nicht, so schiene zwar Verkäufer, der seines Theils dem Contract nachlebte, mit Recht darauf dringen zu können, daß auch Käufer von seiner Seite ihn consumire, und auf Zahlung der Kaufsumme zu bestehen befugt zu seyn, dieser aber ist in ipso limine contractus mit der Eviction bedroht, und hat das Recht, die ganze Zahlung, oder so weit er sie nicht gemacht hat, einzustellen. Durch die Worte: vel mancipia proclament ad libertatem *) wird ebenfalls angedeu-

*) Der Freye, der sich in ungerechter Sclaverey befand, stellte act. praejud. de stat. libert. affirm. an. Nach dem alten Römischen Recht konnte er nicht selbst klagen, sondern ein Andrer, der adsertor libertatis mußte es für ihn thun. Allein nach l. 1. Cod. de adsert. tollenda durfte er nachmals in eigner Person oder durch

tet, daß gewissermaßen Eviction bevorstehe. Denn wenn der Sclave, von dessen Status die Rede war, den Beweis der Ingenuität geführt hatte, so durfte er nicht länger in der Sclaverey gelassen werden, mußte in Freyheit gesetzt werden, und Käufer wäre (sofern das Sctum Claudianum keine Anwendung fand §. 4. J. de jure pers.) der Gefahr ausgesetzt, das Kaufpretium umsonst für ihn entrichtet zu haben. In dem Gebot, dem Käufer Caution zu bestellen, stimmt dieß Gesetz ebenfalls mit den oben erwähnten Worten **Papinians** überein.

§. 4.

Ein Zweifel schiene sich aus l. 10. ff. de resc. vend. darbieten zu können, weil **Scävola** darin einen Fall aufstellt, wo der Käufer erst per pactum ausmacht, daß er befugt seyn solle das Pretium zu retiniren, bis Verkäufer ihm Sicherheit bestelle, mithin argumentiren Einige daraus, daß ein Vertrag hier immer nöthig sey. Das Unrichtige dieses Schlusses springt in die Augen, denn auch das pactum de prestanda evictione wird in solchen Geschäften noch speciell geschlossen, bey dem Pflicht zur Evictionsprästirung, schon aus der Natur desselben hervorgeht. Auch heißt es in diesem Gesetze nur: emtor pactum iniit cum *suspicaretur*. Bloßer **Verdacht**, daß Eviction bedrohe, reicht aber nicht hin, die Retention rechtlich zu machen, sondern es muß entweder die Evic-

---

Bevollmächtigte klagen. Eine solche causa liberalis hatte favorem in jure l. 38. ff. de re jud. et de eff.

tionsklage bereits wirklich angestellt seyn, oder eine erweislich gegründete Besorgniß obwalten, mithin bedurfte es in diesem Fall des pacti. Scävola selbst tritt auch in l. 17. §. 2. ff. de doli mali except. der bisher durchgeführten Meinung bey. Er stellt dort nemlich den Fall auf, es habe Jemand zwey Erben eingesetzt, deren Einer dem Andern sein Erbtheil für eine gewisse Summe abgekauft habe, die aber nicht effectiv bezahlt sey. Nach dem vor Berichtigung gleich darauf erfolgten Tode des Verkäufers, sey das Testament, worin beyde zu Erben ernannt waren, impugnirt, und eine Klage darüber anhängig gemacht, nichts desto weniger aber noch vor der Entscheidung von den Erben des Verkäufers die schuldige Zahlung begehrt, die verabredeter Maßen in Cession einer Forderung bestehen solle. Wenn nun zwar Verkäufer einer Erbschaft nicht gehalten sey evictionem rerum singularum zu prästiren,

L. 1. Cod. de ev.

so könne er sich doch der Verbindlichkeit nicht entziehn evictionem des Erbrechts zu prästiren,

L. 8. ff. de hered. vend.

und Käufer, der evictionem imminentem vor Augen gehabt habe, habe um so eher das Pretium zurückgehalten. Quaeritur ob die klagenden Erben mit Recht gegen diese Retention Einwendung machen? Et respondit Scävola: si ante eventum cognitionis pergant petere, *exceptione doli mali posse summoveri.* Gleiche Schlüsse folgen auch aus l. 5. Cod. de evict. in einem dort von Antonin aufgestellten Fall.

§. 5.

Die bekannte Rechtsregel: quem de evictione tenet actio, eum quoque repellit exceptio, wird zwar gemeiniglich nur auf den Fall angewandt, da Verkäufer selbst, weil das Eigenthum, welches er vorher nicht hatte, nun an ihn fiel, evincirt, wo ihm dann exceptio rei venditae et traditae s. doli specialis entgegengestellt wird;

L. 1 ff. de except. rei vend.

allein nach einer natürlichen Analogie, kann sie auf alle Fälle, wo Eviction zu prästiren ist, angewandt werden. Denn auch Verkäufer, der wohl weiß, daß nach erfolgter Eviction und beendetem Proceß darüber, das Pretium von ihm restituirt werden muß, und es dennoch fordert, ist in dolo. Die Retention selbst kommt daher oft unter dem Nahmen der doli mali exceptio vor.

L. 7. §. 5 ff. de reb. eor. qui sub. tut.
L. 14. Cod. de praed. et aliis reb.

§. 6.

Mit vollkommenem Recht stellt also Käufer, wenn er von der Eviction bedroht ist, dem Verkäufer, der nichts desto weniger auf das noch nicht gezahlte Pretium Anspruch macht, exceptionem imminentis evictionis entgegen, und übt das ihm rechtlich zustehende Retentionsrecht, welches er um so eher darf, als dieß zu den gesetzlich erlaubten Mitteln der Selbsthülfe gehört,

Dabelow Römisch-deutsches Privatrecht §. 358.

und je größer der Schade ist, der ihm aus der Eviction bevorsteht. Es treten auch alle Requisite des legalen Retentionsrechtes ein. Einen fehlerhaften Be-

sitz kann man ihm nicht vorwerfen, denn er hielt zu eigner besserer Sicherheit nur sein eignes Geld an sich, welches noch nicht in Händen des Verkäufers war. Die schon angestellte oder präparirte Evictionsklage, zeigt auch einen bestimmten rechtlichen Grund der Retention, und wenn gleich es noch nicht ausgemacht ist, ob derjenige, der die Eviction vornimmt, auch durchdringen werde, mithin über die Liquidität sich ein Zweifel erheben könnte, so wird doch dadurch nur bewirkt, daß durch die Caution die Retention aufgehoben wird,

Mevius P. II. dec. 214. p. 7.

die Connexität ist eben so unbezweifelt, da der Kaufcontract, den beyde gemeinschaftlich schlossen, zum Grunde liegt. Ueberdieß verpflichtet die Natur der onerosen Contracte zu wechselseitigen Verbindlichkeiten, und Julians Worte l. 25. ff. de act. emt. können hier angewandt werden, wenn er sagt: qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere a venditore prohibeatur, adversus eum petentem pretium exceptione uti potest.

§. 7.

Die vom Käufer rechtlich bezweckte Retention der Kaufsumme, bringt für ihn, wie erwähnt, die exceptio imminentis evictionis s. doli hervor, und wenn Verkäufer sich mit Gewalt in Besitz des Retinirten setzen will, so stehn dem Käufer pro tuenda retentione, die remedia possessoria und actio spolii zu. Begreiflich ist diese Einrede eine dilatorische, weil dem Verkäufer das Recht, das Pretium zu fordern, nicht überall abgesprochen, sondern nur so

lange verweigert wird, bis er Caution bestellt, oder der Ausgang des Evictionsprocesses dargethan hat, ob Käufer überhaupt zur Zahlung verbunden sey. Ob sie in termino executionis schütze, ist streitig, muß aber bejahend beantwortet werden, weil sie außer den an sich schon einleuchtenden Gründen, den klagenden Verkäufer in dolo constituirt.

Wernher P. I. obs. 287.

§. 8.

Es ergiebt sich von selbst, daß diese Einrede auch gegen den successor singularis des Verkäufers mit Erfolg gebraucht wird, wenn z. B. dieser sein Recht, die restirende Kaufsumme zu fordern, per modum cessionis auf einen Andern transferirt hat. Dieß um so eher, da es bekannten Rechtens ist, daß alle Exceptionen, welche dem cedens entgegengestellt werden können, auch gegen den cessionarius zu richten sind, und der Erste dem Letzteren nicht mehr Recht geben kann, wie er selbst hat.

L. 5. Cod. de hered. vel. act. vend.
L. 4. §. 24. ff. de doli mali et metus exc.

Eben so einleuchtend ist es, daß sie auch dem successor universalis entgegengestellt wird, und nicht weniger ihre Wirkung hat, wenn ein Gläubiger des Verkäufers auf Execution der noch nicht bezahlten Summe dringt. Streitig hat man es gemacht, ob sie dem Käufer auch dann zu Gute komme, wenn Concurs über das Vermögen des Verkäufers ausbricht, und ob er sie dann dem curator bonorum, der auf Zahlung dringt, wirksam entgegenstellen kann. Es kann aber kein Zweifel darüber seyn, denn die Gläubiger agiren

nur ex jure debitoris communis und alle Exceptionen, die diesem schaden, müssen auch ihnen nachtheilig seyn.

§. 9.

Wie nun diese aus der Retentionsbefugniß entspringende Einrede dem Verkäufer und seinen Successoren rechtlich opponirt wird, wenn sie auf Zahlung dringen, so kommt sie dagegen auch denen zu Gute, welche für den Käufer intercedirten, nach dem bekannten Grundsatz, daß alle Exceptionen, deren sich der Hauptschuldner bedienen kann, auch dem Bürgen, der sich für ihn verpflichtet, offen stehen.

L. 7. §. 1 ff. de except.

Ja wenn der Bürge, wohl wissend, daß dem debitor principalis eine triftige Exception zustehe, sich ihrer nicht bediente, und dennoch zahlte, so wird dieser letzte dadurch außer jeder Verbindlichkeit gesetzt.

L. 29. ff. m. v. c.

Hatte Käufer den Verkäufer der Zahlung wegen auf einen Andern assignirt, und ist diese noch nicht erfolgt, so hält der debitor assignatus nach vorgängigem Auftrag des assignans die Zahlung rechtlich zurück. Ein Anderes aber ist es bey der Delegation, denn hier ist der delegatus ex sua promissione gehalten, und zwischen dem delegans und delegatarius ist gar kein Nexus mehr.

L. 12 et 19. ff. de nov. et deleg.

§. 10.

Excipient, welcher sein Gesuch dahin stellt: „daß Klägers Ansuchen, wegen Bezahlung des rückständigen Kaufgeldes, noch zur Zeit und gestalteten Sachen

nach, ehe derselbe der Gewährsleistung halber annehmliche Caution bestellt hat, nicht Statt haben möge," muß die Gefahr der Eviction zwar beweisen, kann sie aber aus Thatumständen oder den Acten leicht darthun, und contestirt litem immittelst nur eventualiter. In dubio streitet aber für die Rechtlichkeit der Retention die Vermuthung, und wenn die vorgebrachte Exception als gültig anerkannt wird, wird erst der Ausgang des Evictionsprocesses abgewartet. Des Verkäufers etwanigem Verlangen, daß Beklagter so lange die Summe zur gerichtlichen Deposition abliefern solle, ist nur dann zu deferiren, wenn gegründete Besorgniß nachmaliger Insolvenz eintritt, und vorauszusehen ist, daß Evincent succumbiren muß, und Verkäufers Sicherheit es offenbar heischt.

Wernher P. III. obs. 231. p. 5. obs. 9.

Dagegen sonst Niemand pendente lite aus dem Besitz zu emittiren ist, vor Allem, wenn sich dieser Besitz auf einen rechtlichen Grund stützt.

Mevius P. III. decis. 88.

§. 11.

Die rechtmäßige Retention wirkt nicht allein eine Exception, sondern sie veranlaßt auch, daß Debitor, als nicht in mora waltend, betrachtet werden kann. Ist es gleich ein bekannter allgemein angenommener Satz, daß wer nicht zur bestimmten Zeit seinen Verbindlichkeiten nachlebt, dadurch in mora geräth, und alle nachtheiligen Folgen zu tragen hat, wird es gleich damit so strenge gehalten, daß selbst ein richterlicher Befehl, nicht zu zahlen, nicht von Verzugszinsen befreyt, wenn nicht Deponirung hinzutritt; so folgt doch schon

aus dem Begriff der mora (injusta rei peragendae dilatio) daß Käufer unter solchen Umständen, bey rechtmäßiger Retention, weder als in mora versirend angenommen werden, noch deshalb nachtheilige Folgen zu tragen haben kann. Scävola sagt:

L. 88. ff. de r. i.

nulla mora ibi intelligitur fieri, ubi nulla est petitio (efficax scilicet ad impetrandam sententiam victricem judicatique executionem)

Ulpian führt

L. 22. ff. de usur.

als Befreyungsgrund von der Mora an „quando exceptio allegatur justa", welche, wie oben entwickelt, unbezweifelt aus der rechtlichen Retention, wegen bevorstehender Eviction, entspringt. Paulus sagt:

L. 17. §. 3 ff. ibid.

„quid enim imputari potest ei, qui solvere etiamsi vellet, sine periculo non potuit?" und führt als Beyspiel einen Gläubiger an, der dem Pupillen, welcher keinen Vormund hatte, nicht mit Sicherheit Zahlung leisten konnte. Dieß utiliter auf den vorliegenden Fall angewandt, kann Käufer, wenn Eviction bevorstehet und Caution nicht geleistet ist, ohne Gefahr Alles zu verlieren, Zahlung leisten? Selbst wenn die Zahlungsverbindlichkeit durch eine poena conventionalis verstärkt ist, kann er sich durch die Einrede rebus sic stantibus, wenn er desfalls angegangen wird, befreyen.

L. 8 et 10. Cod. de revoc. donat. — L. 3 Cod. locat.

Mit Unrecht vertheidigt deshalb Lauterbach das Gegentheil, vor Allen da Ulpian in der l. 13. §. 20. ff. de act. emt. vend. die er zum Hauptargument ge-

braucht, nur von einem Falle spricht, wo Debitor unbezweifelt und rechtlich als in mora versirend betrachtet werden muß, und wo ihm also dem gemäß auch alle aus dem Verzuge entspringenden Lasten aufgebürdet werden müssen. Im Uebrigen aber könnte Käufer sich auf jeden Fall der Verbindlichkeit, Verzugszinsen, die ihm durch einen ungerechten Richterspruch nochmals auferlegt werden möchten, zu zahlen, dadurch entziehen, daß er dem Verkäufer anbietet, die Summe zu zahlen, falls er annehmliche Caution beyzubringen gemeint sey, oder daß er sie freywillig in judicio deponirt, denn dann wird nach dem Gesetz sowohl

L. 19. Cod. de usur.

als nach der Praxis, und der übereinstimmenden Meinung aller Rechtslehrer,

Mevius P. VI. decis. 33. — Wernher P. III. obs. 210. Berger P. I. resp. 211.

jeder Zinsenlauf eo ipso gehemmt.

§. 12.

Die Retention der schuldigen Kaufsumme bewirkt auch, daß sich Verkäufer zur Cautionsleistung wegen des aus der Eviction entspringenden Nachtheils veranlaßt sieht. Streitig aber ist es, ob Käufer nöthig hat, sich eine Caution gefallen zu lassen, oder ob er nicht dagegen verlangen kann, seine Sicherheit an der retinirten Sache behalten zu wollen. Wird per pignora satisdirt, so muß er die Distraction erst wiederholt denunciren, und mit dem Verkauf die gesetzliche Zeit inne halten. Wird die Caution durch Bürgen bestellt, so opponiren diese erst exceptionem ordinis, mithin

finden in beyden Fällen manche Beschwerlichkeiten und Weitläuftigkeiten Statt, die bey der Retention wegfallen. Ueberdieß gilt in praxi der Grundsatz: neminem jure retentionis sine causae cognitione privandum, et in dubio pro jure retentionis pronunciandum esse.

Mevius P. VII. dec. 165.

Die Gesetze bestimmen nichts Ausdrückliches darüber, mithin muß Alles dem Ermessen des Richters anheim gestellt bleiben, der insonders nach der Billigkeit zu entscheiden hat. Als Grundsatz könnte deshalb aufgestellt werden: daß wenn aus allen Umständen mit höchster Wahrscheinlichkeit zu schließen ist, Evincent werde durchdringen, Käufer auch nicht nöthig hat, sich Caution obtrudiren zu lassen, sondern um so eher das Retentionsrecht üben kann, als erhellt, daß Verkäufer demnach sogleich das bis dahin vom Käufer retinirte Pretium wieder erstatten muß. Ist aber eine völlige Ungewißheit darüber, oder gar das Gegentheil wahrscheinlich, entspringt endlich für den Verkäufer aus der Retention ein damnum irreparabile, so muß auch Käufer sich mit der Caution begnügen.

§. 13.

Wird auf diese Letzte erkannt, so hat der Richter, wie leicht erhellt, dahin zu sehen, daß sie angemessen und gnügend ist und dem Käufer wirkliche Sicherheit gewähret. Sie ist auch nicht bloß nach dem Quantum des retinirten Pretii abzumessen, dem Verkäufer ist das Interesse, sowohl das lucrum cessans, als das damnum emergens zu ersetzen, und Alle

durch den Evictionsproceß dem Käufer veranlaßte Kosten zu tragen schuldig.

L. 66. §. 3. l. 70. ff. de ev.

Weil aber per pignus gemeiniglich nur dann cavirt wird, wenn sofort erhellt quid, quale et quantum debeatur,

Mevius P. II. decis. 756. No. 5.

so ist in der Regel auf Caution durch tüchtige Bürgen zu erkennen. Ist Verkäufer indeß mit unbeweglichen Gütern angesessen, oder hat er in foro litis Erbschafts- oder andere dingliche Klagen schweben, so treten, wenn sonst nichts entgegensteht, begreiflich die gewöhnlichen Grundsätze ein.

Hellfeld jurisp. forens. §. 248. ed. de a. 1806.

Cautionem juratoriam braucht der Käufer sich niemals obtrudiren zu lassen. Waltet aber im Uebrigen erheblicher Verdacht, daß er durch Collusion mit einem Dritten den Evictionsproceß freventlich selbst zum Anschein veranlaßte, um durch vorgespiegelte Retention seine Insolvenz zu bemänteln, so kann Verkäufer desfalls das juramentum malitiae speciale von ihm verlangen.

Ord. Proc. Sax. Recogn. Tit. XV. §. 3. „Würde sich auch Verdacht ereignen, daß .... einige Gefehrde gesuchet, und etwa ..... per collusionem Weitläuftigkeit veranlaßt werden wollte, auf solchen Fall soll auch ex officio das Juramentum Malitiae erigirt, und er vor dessen wirklicher Leistung nicht gehört werden.“

Wird dieß nicht geleistet oder die Collusion sonst offenbart, so wird die Retention mit der replicatio doli elidirt, und Käufer überdieß arbitrarie gestraft.

L. fin. Cod. de calumn. — Mevius P. II. decis. 209.

§. 14.

Wie aber, und der Fall kann leicht eintreten, wie, wenn mehrere Sachen zusammen verkauft sind, und eine evincirt wird? Setze man den Fall, Verkäufer habe mehrere einzelne Sachen dergestalt alienirt, daß der Kaufpreis im Ganzen festgesetzt sey. Nachdem ein Theil von diesem abgetragen sey, beginnt wegen einer der Sachen ein Evictionsproceß, — quaeritur ob Käufer das Ganze noch restirende Kaufpretium retiniren könne, ob Verkäufer nur wegen der einzelnen mit Eviction bedrohten Sache Caution zu bestellen brauche, oder ob er eine allgemeine Sicherheit, wegen aller Uebrigen, bestellen müsse? Unbezweifelt kann indeß Käufer nur so viel retiniren, als die einzelne Sache, mit deren Verlust er bedroht ist, am Werth beträgt. Stellt man zwar in Folge der l. 139 ff. de v. o. den Grundsatz auf, venditionis et evictionis causa indivisa est, und folgert daraus, daß wenn eine der verkauften Sachen, oder ein Theil derselben mit Eviction bedroht sey, die Caution sich über das Ganze erstrecken müsse, so erhellt doch von selbst, daß dieß nur von connexen Sachen zu verstehen ist, und daß, wo dieser Nexus fehlt, auch die Folgerung wegfallen müsse.

L. 72. ff. de ev.

besagt auch: *cum plures fundi nominatim uno instrumento emtionis interposito venierint, non utique alter fundus alterius pars videtur esse, sed multi fundi, una emtione continentur, et quemadmodum, si quis complura mancipia uno instrumento emtionis interposito vendiderit, evic-*

tionis actio in singulo capite spectatur, et si aliarum quoque rerum complurium una emtio facta, instrumentum quidem emtionis unum interpositum sit, evictionum tot actiones, quot species rerum, quae emtione comprehensae sunt. Muß man also hiernach annehmen, tot evictiones quot res venditae, und muß die Caution mit der jedesmaligen Eviction im Verhältniß stehen, so folgt auch, daß wenn mehrere einzelne Sachen zusammen verkauft sind, und eine mit Eviction bedroht ist, auch die Caution oder Retention sich nur verhältnißmäßig auf diese eine erstrecken muß.

§. 15.

Eine Andere Frage wäre die: „Wenn Käufer schon zur Zeit, da er den Kaufcontract schloß, wegen der in der Folge etwa möglicher Weise zu besorgenden Eviction, Sicherheit durch Pfand oder Bürgen erhielt, nachmals aber einsieht, daß ihm diese nicht genügt, kann er durch Retention der etwa noch schuldigen Kaufsumme, sich selbst eine gewisse Schadloshaltung geben? Ein Fall, der z. B. eintreten kann, wenn der Besitz der verpfändeten Sache dem Verkäufer streitig gemacht wird, oder die Bürgen nicht ohne Schwierigkeit auszuklagen sind. Die Nothwendigkeit einer bejahenden Antwort, ergiebt sich aus der Argumentirung mehrerer Gesetze.

L. 10. §. 1. ff. qui satisd. cog.

besagt: si medio tempore calamitas fidejussoribus insignis vel magna inopia accidit, causa cognita, ex integro satisdandum erit. Und

L. 4 ff. de praet. stip.

sagt: stipulationes (cautionales) saepius interponi solent cum sine culpa stipulatoris cautum desiit. Der Zweck jeder Caution ist zu gebende Sicherheitsstellung. Fällt diese weg, so muß nach den benannten Gesetzen auch sie erneuert werden, und bis es geschehen ist, steht dem Käufer rechtlich das Retentionsrecht zu. Sehr richtig sagt deshalb Mevius p. VII. dec. 166: „et si jam cautum sit, tamen si creditor putet sibi non satis cautum esse, integrum manet justis remediis uti. Non excluditur in tali causa electio, nec haec adstringitur ad hoc quod semel electum est. Qui idoneos fidejussores et pignora habet, non eo minus potest impetrare missionem in bona."

§. 16.

Haben mehrere Erben eine Sache verkauft, oder ist Verkäufer mit Hinterlassung mehrerer Erben verstorben, so ergiebt sich auch leicht, daß sie eben sowohl zur Evictionspräſtirung verbunden sind. Nach l. 139 ff. de v. o. sind die Erben des Verkäufers zur Assistenz bey der Eviction in solidum zur nachmaligen Präſtirung des quod interest aber, pro rata verbunden. Der Grund ist auch leicht einzusehen. Das factum defensionis kann nicht getheilt werden, wohl aber die Zahlung. Die aus diesem Gesetz natürlich gezogenen Schlußfolgen entscheiden auch die Frage: ob, wenn der Käufer wegen bevorstehender Eviction die schuldige Kaufsumme retinirte, die Erben zur zu leistenden Caution in solidum, oder pro rata verbunden sind? Denn da die Caution nicht dahin abzweckt, dem Käufer beym Evictionsproceß Assistenz zu leisten,

sondern

sondern nur aus dem Grunde geschieht, die von ihm zurückgehaltene Zahlung zu erhalten, so ergiebt sich auch, daß die Erben jeder nur pro rata zu caviren brauchen. Forderte aber Einer ex mandato, oder ex jure cesso der Uebrigen das ganze Kaufpretium allein, und erbietet sich auch allein zur Caution, so muß Käufer damit zufrieden seyn, denn so wie einer unter mehreren Schuldnern durch seine Zahlung die Uebrigen befreyt, so muß auch die Caution Eines genügen, um die Uebrigen ihrer Verbindlichkeiten zu entheben, und Käufer könnte dagegen selbst, wenn er wollte, nichts einwenden.

L. 3 ff. fam. ercisc.

§. 17.

Ob wenn das pactum de non praestanda evictione geschlossen ist, Käufer das noch nicht gezahlte pretium, wegen bevorstehender Eviction retiniren dürfe, ist eine Streitfrage, die sich nach dem in dem folgenden Aufsatze Gesagten entscheiden wird. Denn da, wie dort aus den Gesetzen, den Meinungen der Rechtslehrer und den Gründen der Billigkeit gezeigt wird, Käufer mit bemerkten Ausnahmen das Recht hat, auch bey Schließung dieses pacti, dennoch Restituirung des *pretii* zu verlangen, so muß er auch befugt seyn, ohnerachtet desselben es retiniren zu können. Daß wenn derselbe wissentlich eine fremde Sache kaufte, pactum tacitum de non praestanda evictione angenommen wird, ist unten erwähnt, und da er in diesem Fall, bey geschehener Eviction auf keine Rückleistung Anspruch machen kann, so kann auch die

Retention nicht Statt finden, falls Verkäufer nicht ebenfalls in mala fide war, denn dann sind beyde in pari causa, et ibi melior est ratio possidentis.

§. 18.

Problematischer möchte die Frage seyn, ob Käufer, wenn er per pactum oder gar eidlich, jeder Allegirung einer die Verzögerung der Zahlung bezweckenden Einrede entsagte, als er den Contract schloß, dennoch nachmals sich befugt halten dürfe, zu retiniren? Geschah eine solche Entsagung *per pactum*, so ist sie strictissime zu interpretiren, wie dieß überall bey Renunciationen Statt findet, und so wenig sie ad non cogitata gezogen werden darf,

L. 23 ff. de acq. h.

so wenig schließt eine in allgemeinen Ausdrücken, wenn auch vertragsmäßig, abgefaßte Erklärung, Käufer wolle hiermit jeder möglichen Einrede renuncirt haben, welche Zahlung des pretii zur Verfallzeit verzögern könnte, die Befugniß desselben, von seinem Retentionsrecht Gebrauch zu machen, aus. Ein ganz Anderes aber möchte es seyn, wenn eidliche Verstärkung hinzukam. Denn ohne auf der einen Seite die gewöhnlichen Einwendungen zu berücksichtigen, daß die Wirkung des Eides sich ad ignorata nicht erstrecke, Käufer aber daran, daß ihm die Sache durch Eviction entzogen werden würde, nicht gedacht haben könne, hingegen die sichere Versprechung der Zahlung, mit Ausschluß aller Einreden, darin ihren Grund finde, daß er sie auch als die seine unumstößlich zu behalten

vermeine, und deshalb seiner Seits seinen Obliegenheiten streng nachzukommen gelobe, daß der auf Verstärkung eines Contracts hinzweckende Eid accessorium desselben werde, und mit dem principale corruire, u. s. w., und auf der andern, die strengen Grundsätze des Canonischen Rechts

C. 28. X. de Juris.

C. 2. eod. in 6to.

in dieser Hinsicht zu erwägen, so ist doch die Heiligkeit des Eides in erlaubten Geschäften so unverletzlich, daß weder Spitzfindigkeiten sie anfechten können, noch Gesetze sie zu verstärken brauchen. Das Resultat giebt sich demnach von selbst.

§. 19.

Bekannten Rechtens ist es, daß Käufer, wenn er mit Eviction bedroht wird, dem Verkäufer, an den er seinen Regreß zu nehmen hat, litem denunciren muß, theils damit dieser vom entstandnen Proceß benachrichtigt wird, ihm beystehen und ihn instruiren könne, theils damit er bey Zeiten benachrichtigt werde, daß Käufer im Succumbirungsfalle seinen Regreß an ihn nehmen werde. Wie eben so bekannt, muß diese litis denunciatio gerichtlich geschehn, weil eine außergerichtliche (mit den seltensten Ausnahmen), keinen Effect hat, und litis denunciat muß, wenn er gleich ein forum privilegiatum hat, dennoch sich in foro litis pendentis, ob connexitatem zur Assistenz stellen.

L. 49 ff. de jud.

Ueber die Zeit, wenn lis denuncirt werden müsse, ist man, wo die Proceßordnungen nichts darüber besagen, im Streit befangen, indem Einige annehmen, Litisdenunciation müsse gleich bey Anfange des Evictionsprocesses geschehen, Andere behaupten, es brauche erst in zweyter Instanz zu geschehen, und wieder Andere, indem sie l. 29. §. 3 ff. de leg. III. utiliter auf alle Fälle anwenden, (wo dem legatarius geboten wird, noch vor Beginnen des Civilprocesses dem Erben litem zu denunciren,) statuiren, daß es vor Beginnen des Processes geschehen müsse. Der als geltend aufzustellende Grundsatz ist aber der, daß litis denunciatio so lange verschoben werden könne, als Verkäufer noch **wirksamen** Beystand zu leisten im Stande ist, denn wenn **Pomponius** gleich in l. 29 ff. §. 3. de evict. sagt: „*Quolibet tempore venditori denunciari potest*," so fügt er doch gleich hinzu, „*dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat*," und Schilter sagt deshalb Exerc. 34. §. 26. sehr richtig: „etsi litis denunciatio quocunque processus articulo fieri possit, tutissimum tamen ut statim ab initio fiat, ne habeat forte auctor, quod imputet emptori, quasi quid neglexerit, causamque bonam perperam tractaverit." Wichtig ist hier die Frage, ob **Käufer**, der **das Pretium noch nicht bezahlt hatte, es auch bey unterlassener Litisdenunciation der bevorstehenden besorglichen Eviction wegen, retiniren könne und dürfe?**

§. 20.

Die Entscheidung dieser Frage ist aus l. 8. Cod.

de ev. herzuleiten, wo es heißt: emtor fundi nisi auctori aut heredi ejus denunciaverit, evicto praedio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex emto actionem contra venditorem vel fidejussorem ejus habet. Da Käufer nach diesem Gesetz, bey unterlassener Litisdenunciation, nachmals nicht befugt seyn soll, das Pretium zurückzufordern, so kann er auch in diesem Fall um so weniger das Retentionsrecht üben, als er sich den Verlust der Sache lediglich selbst beyzumessen hat. Ausnahmen treten aber ein.

1) Wenn das Recht des Evincenten so unbezweifelt war, daß auch Verkäufer durch seine Assistenz nichts hätte bewirken können.

Kochs Meditationen über die interessantesten Gegenstände des Civilrechts B. I. No. 2. Seite 20 sqq.

L. 11. §. 12 ff. de a. e. v.

2) Wenn die Verbindlichkeit zur Litisdenunciation per pactum nachgelassen ist, wobey es gleichviel ist, ob dieß als pactum adjectum dem Contract sogleich beygefügt, oder erst nachmals festgesetzt ward.

L. 63 ff. de ev.

Der Zweck ist hauptsächlich, daß Verkäufer auch ohne solenne Proceßverkündigung sich im Evictionsfall zum Beystand einfinden solle, und die gebräuchliche Formel ist nach Stryck: „Es verspricht der Verkäufer, sobald er nur einige Nachricht erhalten sollte, daß der Käufer wegen des verkauften Gutes in Anspruch genommen werde, auch ungefordert, und ohne einige

Litisdenunciation sich zu stellen, den Käufer zu vertreten, und überall noth- und schadlos zu halten, und auch ohnerachtet Kläger oder Evincent seine Absicht nicht erreichen könne, die deshalb erforderten Proceßkosten dennoch allein zu tragen."

3) Wenn des Auctors Aufenthalt für den Augenblick ungewiß ist.

L. 56. §. 6 ff. de ev.

4) Wenn der Auctor in dolo ist.

L. 56. §. 5. ib.

L. 55. §. 1. ib.

§. 21.

Die Frage, welche aufgeworfen werden könnte: ob, wenn Evincent sich eigenmächtig in Besitz der Sache setzt, ohne richterlichen Ausspruch abzuwarten, und nun in possessorio darüber verhandelt wird, — Verkäufer zur Evictionspräſtirung verbunden sey, und Käufer, der etwa das Pretium noch nicht bezahlt habe, sich zur Retention desselben befugt halten könne, ist nach l. 17. Cod. de a. e. v. zu beantworten, wo es heißt: expulsor vos de fundo per violentiam a Nerone, quem habere jus in eo negatis profitenter: nullam vobis adversus eum ex cujus venditione fundum possidetis, actionem competere probatis. Igitur ad instar interdicti seu actionis permissae experiendum esse perspicitis. Der Schaden, welcher dem Käufer ohne Schuld seines Auctors wiederfährt, ist auch von ihm Allein zu tra-

gen. Quae ipsi infertur injuria, venditorem contingere non debet, sagt Ulpian l. 5. de evict. und giebt ihm weder Befugniß vom Käufer Gewährleistung zu fordern, noch das Pretium zu retiniren. Seine Sache ist es daher, sich durch das interdictum unde vi, oder das remedium spolii zu schützen. Inzwischen ist auch hier eine Ausnahme sehr wohl denkbar, denn obgleich beym remedium spolii gemeinhin keine Einrede angenommen wird, so schützt doch des Beklagten gleich liquide Läugnung des Klaggrundes, und der in continenti geführte Beweis, daß Beklagter befugt gewesen sey, den Kläger eigenmächtig zu entsetzen. C. 12. X. de rest. spol.: ingressus possessionem (Kläger) ignorante domino (Beklagter) potest per ipsum dominum statim cum sciverit repelli etiam violenter, nec ex tali repulsione competit repulso contra dominum interdictum possessorium. Mithin ist in diesem Fall auch Verkäufer, der eine offenbar fremde Sache verkaufte, dem Käufer verbindlich, und dieser ist allerdings befugt, das Pretium zu retiniren. Eben so tritt auch eine Ausnahme bey dem gewöhnlich ganz allgemein hingestellten Grundsatz: daß Verkäufer keine Eviction zu prästiren brauche, wenn der Landesherr evincire, ein. Denn wenn der Landesherr, ex jure ante contractam venditionem jam existente, evincirt, wenn er endlich via juris, und nicht via facti procedirt, so ist der Verkäufer auch zur Gewährsleistung gehalten, und Käufer hat allerdings das Recht, die etwa noch nicht gezahlte Kaufsumme zu retiniren.

§. 22.

Daß die Pflicht zur Gewährsleistung bey allen onerosen Contracten, mithin auch bey der permutatio, wo species pro specie, zu dem Ende, daß Jeder, das Eigenthum acquirire, gegeben wird, erhellt von selbst, mithin muß auch Alles oben Gesagte, mit den durch die Natur der Sache nöthigen Modificationen hier eintreten,

L. 1 et 2. cod. de rer. perm.

und wenn Einer der beyden Contrahenten, der die Eviction bevorstehen sieht, die als Gegenleistung zu prästirende Sache noch nicht verabfolgt hat, so hat er auch eben so die Befugniß, sich durch ihre Retention sicher zu stellen. Das Retentionsrecht kann auch beym contractus aestimatorius, vom Accipient unter Umständen geübt werden. Der dans ist als Verkäufer, der Trödler als Käufer anzusehn, welchem letztern libera disponendi facultas zusteht, da er die Sache verpfänden und verkaufen kann, was er mehr lös't, wie ihm vorgeschrieben ward, als Eigenthum behält, und jede Gefahr trägt. Es ist also kein Zweifel, daß ihm Eviction prästirt werden müsse. Setzen wir den Fall, der Trödler verkauft die Sache, und diese wird dem Käufer durch Eviction entrissen, so ist er zur Indemnisationsprästirung verpflichtet, kann sich aber an seinen Auctor halten, und falls er das Pretium diesem noch nicht gezahlt hat, bis zu bestellter Caution dasselbe rechtlich zurückhalten.

§. 23.

Mehrere Zweifel werden durch die Frage veran-

laßt, ob, wenn eine Sache sub hasta verkauft, und dem Käufer zugesprochen sey, dieser auf Evictionsprästirung Anspruch machen, und im vorhandenen Falle die Kaufsumme retiniren könne, bis ihm Gnüge geleistet sey? Wenn der Fiscus oder der bisherige Besitzer selbst die Subhastation veranlaßte, so kann kein Zweifel seyn, wie aber, wenn die Gläubiger des Gemeinschuldners sie öffentlich verkaufen ließen, und nun der Käufer, dem sie zugeschlagen ward, sich mit Eviction bedroht sieht? Diejenigen, welche die Verbindlichkeit der Gläubiger, sich auf etwas einzulassen, läugnen, stützen sich insonders auf l. 1 et 2. Cod. cred. ev. pign., allein hier ist nur die Rede von der Alienation eines Pfandes, welches die Gläubiger nicht proprio sondern alieno nomine verkaufen,

L. 50 ff. de ev.

wobey sie auch mithin nur als mandatarii angesehen werden. Beym Concurs aber verliert Debitor das Eigenthum seiner Güter, welche cum omni commodo et onere an die Gläubiger verfallen, welche ihre Zahlung daraus suchen, und auch nicht mehr Recht auf die Sache bekommen können, wie Debitor selbst hatte.

L. 5. cod. de hered. vel act. vend.

Es muß also einleuchten, daß sie den nachmaligen Käufer im Evictionsfall um so eher vertreten müssen, als sie gegen alle rechtlichen Grundsätze sich sonst mit seinem Schaden bereichern würden, und als endlich schon aus der Natur des Kaufcontracts folgt, daß Käufer auf possessionem tutam et vacuam, welche

der Verkäufer ihm geben muß, Anspruch machen kann.

L. 2. §. 1. l. 3. 11. 12. 13. 15. 30. §. 1 ff. de act. e. v. L. 8. cod. h. t.

Hat also Käufer das ungezweifelte Recht, Gewährleistung zu fordern, so muß ihm auch nach allen oben entwickelten Grundsätzen, das Recht zustehen, falls er das Kaufpretium etwa noch nicht gezahlt hätte, und Eviction bevorstände, bis zu genügend bestellter Caution desselben, zurückzuhalten. Andere stellen das bekannte Axiom sub hastatione jura realia extinguuntur, entgegen, allein bey näherer Ansicht ergiebt sich, daß dieß nicht allgemein gelten kann. Denn hat z. B. debitor principalis vor geschehener cessio bonorum, ohne daß es *fraudulenter* geschah, eine Sache tradirt und verschenkt, und ist diese nachmals ohne Vorwissen des donatarius in die Concursmasse gebracht, und sub hasta verkauft, so kann donatarius sie nichts destoweniger vindiciren.

Arg. l. 15. cod. de don.

Und eben so bestehen die durch den Debitor auf der verkauften Sache bestellten Servituten, auch nach der Subhastation. Richtig sagt deshalb Berger in seiner oecon. jur. p. 667. venditionem privatam et sub hasta factam eodem genere contineri, nec jus ullum subhastatione auferri posse, apertissimi juris est. Am wenigsten aber kann ein Zweifel seyn, wenn die Gläubiger in dolo sind, denn dann sind sie nicht allein gehalten, das Pretium zu restituiren, sondern auch das quod interest in ausgedehnter Bedeu-

tung zu prästiren, weshalb Käufer, außer Retinirung der Kaufsumme, noch auf eine besondere Caution Anspruch machen kann.

L. 11. §. 16 ff. de a. e. v.

L. 10 ff. de distr. pign.

§. 24.

Daß auch conductor in einigen Fällen wegen bevorstehender Eviction des gepachteten praedii ein Retentionsrecht an dem Miethgelde üben dürfe, läßt sich mit Recht aus l. 9. pr. ff. loc. cond. schließen, wo es heißt: si quis domum bona fide emptam, vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestatur fieri, quod conduxit, licere. Steht hiernach, wenn das gepachtete praedium evincirt ist, eine Klage auf Schadloshaltung zu, so muß auch dem conductor unter Umständen verstattet seyn, sich noch vor beendetem Proceß, wegen dieses, durch Einbehaltung des Pachtgeldes zu sichern, vor Allen, wenn er bedeutende Summen in das praedium verwandt hat, und dasselbe zu einer Zeit entbehren soll, wo er eigentlichen Gewinn zuerst hoffen kann, oder wenn die Räumung zu ungelegener Zeit ihn mit Nachtheil bedroht, u. s. w. Justo autem retinetur, quod contraria actione petitur, praestatque potius non solvere quam solutum repetere.

L. 15. pr. ff. de fidejuss.

L. 3. ib. de comp.

L. 171. ib. de r. i.

§. 25.

Wenn der Tutor eine seinem Pupillen gehörige Sache alienirte, und diese evincirt wird, so muß auch der Pupill allein den daraus entspringenden Nachtheil tragen. Quae enim bona fide a tutore gesta sunt, heißt es l. 12. §. 1 ff. de administ. tut. rata habentur, nec interest tutor solvendo fuerit nec ne, si bona fide res gesta est. Dem Pupillen wird demnach lis denuncirt, und wenn er auf Erstattung der Kaufsumme klagt, exceptio imminentis evictionis mit Recht entgegengestellt. Angenommen aber, es sey kein decretum alienandi der Obrigkeit erfolgt, oder der Vormund in dolo, oder der Proceß habe durch seine Schuld eine üble Wendung genommen, so wird im ersten Falle sein Recht als völlig unverletzt betrachtet,

L. 3. cod. de praed. et aliis reb. min.

und im Andern ihm Restitution verwilligt.

L. 16. cod. ib.

Ist inzwischen dem Käufer irgend ein Nachtheil erwachsen, so muß der tutor diesen tragen, und jede Schadloshaltung übernehmen. Pignore heißt es in l. 9. cod ib. quae ob evictionis periculum curator ex propriis bonis obligavit, emtor prosequi non prohibetur.

§. 26.

Die letzte hier aufzustellende Frage möchte die seyn, ob Käufer, wenn er Zahlung unter Wechselstrenge versprach, und nachmals sich mit Eviction be-

droht sieht, ein Retentionsrecht an der Kaufsumme üben könne? Stellte er einen förmlichen Wechsel aus, sey es cambium proprium oder trassatum, so kann er auch bey deshalb erhobener Klage, so wenig sich unter der Einrede rechtlicher Zurückhaltung wegen bevorstehender Eviction schützen, als er, sofern er wechselfähig ist, und nicht zur eidlichen Diffession gelassen werden kann, sich zur schleunigsten Zahlung verstehen muß, da nach bekannten Rechten, so wenig die Ausflucht des nicht erhaltenen Werthes,

Reichsschluß vom Jahr 1761.

als die der Belistigung,

Claproth Einleitung in sämmtl. summarische Processe. Abschn. 2. Hauptst. 3. §. 69.

oder irgend eine dilatorische Einrede vor der Zahlung schützt, selbst die angebotene Deposition nicht einmal angenommen wird.

Püttmann Grundsätze des Wechselrechts, §. 181. sqq.

Wenn der Schuldverschreibung aber nur die Worte: „es solle dieser Schuldschein die Wirkung eines Wechselbriefes haben,“ zugefügt sind, so verstatten Einige, im Fall bevorstehender Eviction, nichts destoweniger sich durch Retention der Kaufsumme zu schützen, weil wie sie sagen *E. V.* contractus utrimque obligatorius sey, mithin exceptio contractus ab altero nondum adimpleti nach l. 21. Cod. de pact. so oft Statt finde, als der andere Contrahent, welcher selbst noch seiner Obliegenheit nicht nachkam, klagbar werde. Die gegentheilige Meinung ist aber die richtigere, denn wenn man allerdings im Allgemeinen, sofern nicht specielle

Landesverordnungen ein Andres besagen, zwar mit der clausula cambialis versehenen Schuldverschreibungen, nicht die volle Kraft eines Wechsels beylegen kann, so muß doch hier das Verfahren Statt finden, welches eintritt, so oft auf den Grund guarentigiirter Instrumente geklagt wird,

Dabelow röm. deutsches Privatrecht, §. 1790.

und Käufer ist mit allen exceptionibus altioris indaginis rechtlich ad separatam zu verweisen, mithin bey Vermeidung der Hülfe, ihm Zahlung aufzulegen, und die beabsichtigte Retention nicht zu gestatten.

Von dem pacto de non praestanda evictione.

§. 1.

Die Verpflichtung zur Gewährleistung entspringt, wie bekannt, aus der Pflicht des Auctors dafür zu stehen, daß dem successor das Erhaltene nicht evincirt werde, und findet nicht bloß bey Geschäften Statt, welche das Eigenthum einer Sache, sondern auch bey denen, welche andere dingliche oder persönliche Rechte übertragen. Sie fließt aus der Natur der rechtlichen Geschäfte selbst, wie beym Tausch, Transact, datio in solutum, dotis datio, Theilung einer gemeinschaftlichen Sache, Kaufcontract u. s. w., oder sie muß erst per pactum begründet seyn, wie z. B. wenn eine universitas juris verkauft ist, oder venditio ad corpus geschlossen wurde, oder im Contract eine simplex spes verheißen war u. s. w. So unbestritten mit Ausnahme des dolus, und der donatio generis, zu dem letzten Fall die donatio gehört, weil donator ja nur die Rechte, die er hat ex mera liberalitate überträgt, so sehr wird gestritten, ob bey der donatio remuneratoria, die Verbindlichkeit zur Evictionspräſtirung ex ipsa negotii natura herfließe, oder erst per pactum festgesetzt werden müsse, wenn sie Statt haben solle. Nicht so unbedingt wie Struv

exerc. 60. th. 3, 17. Carpzov p. 11. const. 34. und mehrere Andere festsetzen, kann man annehmen, daß ohne Weiteres in solchem Falle Eviction prästirt werden müsse, sondern vielmehr muß man den Unterschied bilden, ob die donatio remunerationis, Compensation einer Verbindlichkeit war, die durch Zwang begründet werden konnte, oder ob sie eine bloße freywillige Belohnung geleisteter Dienste enthielt. Im erstern Fall ist die Verbindlichkeit zur Gewährleistung eo ipso begründet, wiewohl rücksichtlich des plus, die bey der donatio obwaltenden Grundsätze eintreten müssen, im andern aber müssen diese letzteren vollkommen eintreten, und hiernach entscheidet sich auch wie die von Struv l. c. angeführten, in l. 34. §. 1. und l. 27 ff. de donat. enthaltenen Fälle, zu beurtheilen sind. In dem erstern dieser Gesetze, wird der Fall aufgestellt, da Jemand von einem Andern aus Räubershänden befreyt ward, und ihm dafür ein Geschenk macht, in dem andern wird von einer Schenkung für geleisteten Unterricht geredet, mithin tritt im erstern Fall eine bloße freywillige Belohnung, im letztern aber eine Compensation ein, wobey nach dem Gesagten, auch das Resultat sich von selbst giebt.

§. 2.

Wie ersprießlich dennoch das pactum de praestanda evictione ist, erhellt, weil es jeden Zweifel hebt. Es wird auch nicht bloß solchen Contracten zugefügt, die ihrer Natur nach keine Verbindlichkeit zur Gewährsleistung enthalten, um sie nur hervorzubringen, sondern nicht selten auch in denen aufgenommen,

bey

bey denen sie ohnedem schon das Naturale ist, theils der nähern Bestimmungen, theils der Bestärkung durch eine poena conventionalis wegen. Wie begreiflich mußte es ehemals per stipulationem geschlossen werden, wobey aber die Formel habere licere spondes? nicht hinreichte, denn die Stipulation gehörte zu den Contracten stricti juris, und l. 99 ff. de v. o. besagt: quidquid adstringendae obligationis est, id *nisi palam verbis exprimitur omissum intelligendum est*, weshalb Ulpian l. 38. ib. anführt: stipulatio ista habere licere spondes? hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat, quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum ut tibi habere liceat, videtur igitur *alienum factum promisisse*; nemo autem alienum factum promittendo obligatur . . . . . . sed . . . . . dicendum est inutiliter eum promittere. — Die deshalb gebräuchliche Formel war: *eam rem quam a te emi, mihi habere licere, et si ea res a me petita erit, vel si eam ab alio petiero, eam recte defendere, postquam tibi heredi denuntiavero.* So wie nun hier jedem möglichen Streite über Verbindlichkeit der Gewährleistung vorgebeugt wird, so viele Zweifel macht das *pactum de non praestanda evictione*, auch wenn es geschlossen ist, möglich.

§. 3.

Ueber die Gültigkeit desselben an und für sich, kann keine Frage seyn. Die Evictionsprästirung gehört zu den naturalibus, mithin kann sie per pactum

aufgehoben werden. Einige wollen zwar einen Unterschied zwischen naturalia interna und externa machen, geben jene als aus dem Wesen des Geschäftes, diese als aus der Bestimmung des Gesetzes oder der angenommenen Gewohnheit entspringend an, und zählen zu der ersten die Verbindlichkeit der Gewährleistung. Allein was sie naturalia interna nennen, sind die wahrhaften essentialia, und wollte man mit ihnen annehmen, daß die Pflicht zur Evictionspрästirung zu diesen gehöre, so müßte man auch annehmen, daß sie ohne das Wesen des Geschäftes zu dirimiren, nicht mangeln könnte. Doch aber giebt es Fälle, wo sie sowohl ausdrücklich als stillschweigend wegfällt. Wer wissentlich eine fremde Sache kauft, erläßt die Gewährleistung eo ipso,

L. 27. cod. de evict.

L. 7. cod. com. utr. jud.

und wer den Verkäufer nur auf gewisse bestimmte Zeit dazu verpflichtet, kann nachmals ihn nicht weiter angehen,

L. 11. §. 15 ff. de act. emt.

woraus erhellt, daß sie kein essentiale ist, weil der Mangel dieses das ganze Geschäft dirimirt, dieß aber hier nicht eintritt. Ein Einwand, der von Einigen entgegengestellt wird, ist aus der Definition der E. V. hergeleitet. Consensus ut alter rem pro pretio habeat sagt man, ist essentiale dieses Contracts, welches wegfällt, wenn Käufer die Sache nicht als die seine bekommt, ein essentiale aber kann ohne das Wesen des ganzen Geschäfts zu zerstören durch kein Pactum gehoben werden. Allerdings ist der consensus ut alter

rem pro pretio habeat, zwar essentiale des Kaufcontracts, darin liegt aber noch nicht *ut res fiat alterius.* Hierzu ist der Verkäufer nicht einmahl gezwungen nach l. 30. §. 1 ff. de act. emt. quamvis verum sit, venditorem teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat, so wie auch l. 25. §. 1 ff. de contrah. emt. sagt: qui vendidit necesse non habet fundum emtoris facere. Die Verbindlichkeit zu bewirken ut res fiat alterius, wird zwar durch Argumentirung aus dem Wesen des Geschäftes geleitet, bildet aber dies nicht selbst, denn wäre dies der Fall, so würde auch folgen, daß kein Kaufcontract denkbar wäre, ohne daß Käufer die Sache wirklich bekäme, und dennoch zeigen viele Fälle das Gegentheil, in denen der Käufer sie gar nicht bekommt, oder gleich nach dem Empfang verliert. Wenn eine simplex spes verkauft ist, so besteht der Kaufcontract, wenn gleich Käufer nachmahls nichts bekam.

l. 8. §. 1 ff. de contr. e. v.

Wenn die verkaufte Sache vor der Tradition casu zu Grunde gieng, so bekommt der Käufer nichts, und der Contract besteht doch.

L. 35. §. 4 ff. ib. L. 21 ff. et l. 27. Cod. de evict.

Wer eine fremde Sache wissentlich kauft, nachmahls aber sie durch Eviction verliert, hat sie gleichfalls nicht behalten, und doch besteht nach l. 7. Cod. comm. utr. jud. der Contract. Daß der Käufer die Sache also bekomme und behalte, gehört keinesweges zu den essentialibus der E. V., mithin kann auch um so eher ein Vertrag zu Rechte bestehn, durch den, auf den Fall, daß dem Käufer die Sache entzogen werden

sollte, Verkäufer von aller Verbindlichkeit befreyt wird.

§. 4.

Durch das pactum de non praestanda evictione wird die Verbindlichkeit, Wehrschaft zu leisten, aufgehoben. Ob aber dieser Vertrag dahin auszudehnen ist, daß in der Entsagung auch zugleich Entsagung des Rechtes, das als Gegenleistung Gegebne wieder zu fordern, liegt, ist eine andre Frage. Wird mit ausdrücklichen Worten bestimmt, daß dies der Fall seyn solle, so kann auch kein Zweifel entstehn. Wie aber, wenn im Allgemeinen es nun heiße: *ne evictio praestetur*? Hierüber ist sehr gestritten, und die Vertheidiger der Meinung, daß das als Gegenleistung Gegebne, in solchem Falle nicht zurückgefordert werden könne, stützen sich insonders auf l. 11. §. 18 ff. de a. e. v., welche deshalb einer nähern Prüfung zu unterwerfen ist.

§. 5.

(Ulpian ad Sabinum) *Qui habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare, et multum interesse arbitror utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes: Nam si per se, non videtur praestare ne alius evincat. Proinde si res evicta erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Julianus* libro 15. Digest. scribit etiam si *a*perte ven-

ditor pronunciat per se heredemque suum non fieri quo minus habere liceat, posse defendi, ex emto eum quidem ei hoc non teneri, quod emptoris interest; verum ut pretium reddat teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte in venditioni comprehendatur, nihil evictionis nomine praestatum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret, et pretium venditor retineret: nisi forte inquit, si quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiat, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum jactum retis a piscatore emimus, aut idaginem plagis positis a venatore, aut panthera ab aucupe, nam etiamsi nihil capit, nihilominus emptor pretium praestare necesse habebit. *Sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit, tum enim, secundum supra a vobis relatam Juliani sententiam, dicendum est, ex empto eum teneri, quia dolo fecit.*

§. 6.

In der ganzen l. 11., deren letzter §. eben angeführt ist, beschäftigt Ulpian sich damit, die Meinungen der verschiedenen Rechtslehrer, des Sabinus, Labeo, Cassius, Neratius und Julianus, theils mit einander zu vereinen, theils sie zu verwerfen, theils sie mit Beweisen zu unterstützen. So stellt

er in §. 18. Anfangs seine, dann die Meinung des Julianus auf, und beschließt, damit hinzudeuten, was in der letzten Wahres und Unwahres sey. Im Anfange zeigt er das Beyspiel einer tacita conventio de non praestanda evictione, indem er bestimmt, daß derjenige, welcher nur verspricht, Käufer solle weder von ihm, noch von seinen Erben und Nachfolgern beeinträchtigt werden, dann wenn die Eviction nachmahls von einem Andern vorgenommen wird, weder mit der actio ex stipulatu, noch mit der actio e. v. solle belangt werden können. Kann also Käufer die Klage auf Gewährsleistung, wegen von einem Dritten erfolgter Eviction nicht anstellen, so hat er auch keine, um das pretium zurück zu verlangen, denn es wird angenommen, daß er diesem so wie jenem, stillschweigend in dem solchergestalt geschlossenen Contract entsagt habe. Verkäufer übernahm nur die Verbindlichkeit für sich und seine Erben keine Beeinträchtigung vorzunehmen, und wenn er diesem nachlebt, so hat er erfüllt, was er versprach, braucht sich auf nichts einzulassen, wenn ein Dritter evincirt, und um so weniger das pretium zu restituiren, als er den Worten des Contracts nachlebte, und die Verpflichtung, für die dasselbe entrichtet ward, erfüllte. Man könnte einwenden, daß obgleich hier Ulpian die actio ex stipulato oder ex empto nicht will Statt finden lassen, Käufer zu andern Klagen, z. E. zur actio doli, condictio sine causa, condictio causa data causa non secuta seine Zuflucht nehmen könne. Es ist auch kein Zweifel, daß die erste der genannten Klagen Statt finden könne, wenn Ver-

käufer wirklich dolo so eine fremde Sache verkaufte, ist aber dolus nicht vorhanden, so können auch die beyden andern Klagen um so, weniger eintreten, als Verkäufer die Sache nur so wie er sie besaß, unter Versprechung, daß Käufer von ihm, und seinen Erben keine Eviction besorgen solle, verkaufte, und dafür das pretium empfing, welches er mithin weder sine causa empfing noch behält.

Nachdem Ulpian solchergestalt seine Meinung ausgesprochen hat, daß der Verkäufer, welcher nur für sich und seine Erben rücksichtlich einer Eviction einstand, die etwa von ihnen selbst zu besorgen wäre, zu nichts gehalten sey, wenn ein andrer evincire, führt er die Meinung des Julians als *ratio dubitandi* an, indem dieser eines Theils annimmt, daß im aufgestellten Fall der Verkäufer zwar nicht ex empto gehalten sey, das Interesse zu prästiren, wohl aber das empfangene pretium wieder zu restituiren, und andern Theils festsetzt, daß wenn in dem genannten Fall, auch förmlich ausgemacht sey, keine Eviction zu prästiren, dagegen es nach Ulpians Meinung tacite in diesem liegt, zwar auf das Interesse nicht, wohl aber auf das pretium solle geklagt werden können, weil es die Billigkeit nicht gestatte, daß Käufer die Sache verliere, Verkäufer aber das pretium behalte u. s. w. Hiergegen aber wendet er, indem er fortfährt, ein, daß Julians Bestimmung zu verwerfen sey, und Wiederforderung des pretii nur dann Statt haben solle, wenn Verkäufer wissentlich eine

fremde Sache alienirte, denn dann solle er ob dolum ex emptogehalten werden können."

Hieraus leitet man denn das Resultat her, daß wenn das Pactum auch bloß im Allgemeinen besagt, *ne evictio praestetur*, Rückforderung des pretii dennoch nicht, mit Ausnahme des doli, wo er obwaltet, Statt finden solle. Es folgt dies aber nicht, denn:

§. 7.

1) Ulpian stellt d. l. nur den Fall auf, da Verkäufer versprach, durch ihn und seine Erben, solle keine Eviction zu besorgen stehn, er stellt den Fall auf, da nun die Stipulationsformel, *habere licere spondes*? gebraucht war, welche (§. 2.) nicht hinreichte, den Käufer, bey einer, von einem Dritten erfolgten Eviction zu sichern, und daß er wirklich von diesem Fall redet, zeigen die ersten Perioden der allegirten l. 11. §. 18 ff. de act. emt. eben so deutlich. In diesem Fall nimmt er also an, daß Käufer, wenn Eviction von einem Dritten erfolge, nichts fordern könne, weil er tacite dem entsagt, und nur seine Ansprüche reservirt habe, wenn Verkäufer oder seine Erben damit bedrohten. Er redet also eines Theils nur von einer *tacita* conventio de non praestanda evictione, die aus dem Fall, welchen er aufstellt, folgt, und spricht andern Theils überall nur von einem *negotio stricti juris*. Entgegen zu stehen schiene, daß er Julians gleich darauf folgende Meinung scheinbar verwirft. Aber nur scheinbar, denn wie könnte er das von diesem Gesagte, auf Gründen der

Billigkeit und Vernunft Gestützte verwerfen? *In supradictis conventionibus*, also dem von ihm oben Genannten *negotio stricti juris*, erit contradicendum, und dies aus dem Grunde, weil bey solchen Geschäften der Buchstabe, nicht die Billigkeit galt. Negotia stricti juris, finden überdieß bey Uns im Sinn der Römer nicht Statt, dagegen Billigkeit und Vernunft verba solennia überwiegen.

§. 8.

2) Kann also dieses Gesetz, welches von einem negotio stricti juris redet, auf ein negotium bonae fidei nicht angewendet werden; so folgt auch, daß die Gründe der Billigkeit um so eher eintreten müssen, wenn sie von andern Gesetzen noch unterstützt sind. Heißt es im Allgemeinen *ne evictio praestetur*, so ist darunter zu verstehn, daß Käufer dem Interesse entsage, nicht aber, daß er nicht befugt seyn solle, das als Gegenleistung Gegebne wieder zu fordern, denn wenn er dies nicht können soll, so muß es auch ausdrücklich, wie oben bemerkt, mit angeführt seyn. Eine jede Renunciation ist aber stricte zu interpretiren,

L. 4. §. 4 ff. si quis caut. in jud.

Carpzov P. II. c. 57. def. 5.

Mevius P. IX. dec. 186.

Pufendorf T. II. obs. 43.

und wenn ja ein Zweifel eintreten sollte, so ist der Sinn vorzuziehen, welcher dem Verlierenden am wenigsten nachtheilig ist. L. 39 ff. de pact. „veteribus placet pactionem ambiguam *venditori*, et qui

locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere. *L.* 21 *ff. de contrah. e. v.* Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius *venditori* qui id dixerit, quam emptori, quia potuit de re integra apertius dicere. *L.* 33 *ff. ib.* accipitur id quod *venditori* nocet. *L.* 99 *ff. de v. o.* quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, *omissum intelligendum est.* L. 172 ff. de r. i., u. s. w.

§. 9.

Man könnte einwenden, daß bey dem pacto de non praestanda evictione, Verkäufer nicht erst nöthig gehabt habe, vom Käufer zu verlangen, daß er auch speciell dem Pretium entsage, weil diesem in Folge der e. v., das Recht, das Pretium wieder zu fordern, nur dann zukomme, wenn der Contract nullus und recissus geworden sey, dies aber hier nicht der Fall sey, mithin actio empti venditi nicht gegeben werden könne. Allein, wenn gleich in dem von Ulpian angeführten Falle condictio sine causa, nicht Statt haben kann, wie oben gezeigt, so kann sie es dennoch hier ohne Widerspruch. Und dieser Meinung treten auch bedeutende Rechtslehrer bey. „*Diversa enim sunt,*" sagt *Cocceji* in seinem Jus controv. lib. 21. tit. 2. quaest. 3. „*renunciare evictionis actioni i. e. ei, quod propter evictionem abest, et renunciare repetitioni pretii, quod solvit, et quod sine causa est penes venditorem.*" — „Hinc" sagt *Stryk* U. M. a. d. l. p. 773., „licet evictionis praestationi expressa renuntiatum fuerit, emptor

tamen ad restitutionem pretii agere potest." „*Renunciatio enim, sumtus litis et interesse solum respicit.*" Und eben so sagt *Hert* opuscul. jurid. vol. II. tom. 3. p. 129. „Evictio ut plurimum praestatur in contractibus onerosis, jam vero probabile non est, alterutrum donare voluisse, donatio enim non praesumitur ubi alia tractatur causa, commutatio scilicet rei et pretii. *Itaque velut in obscuro illud quod minimum est accipimus, et pacti efficaciam tantum ad interesse restringimus*, tum non temere ita interpretamur, ut non pretium, sed illud tantum a partibus remissum videatur, cujus abdicatio indoli bonae fidei non repugnat.

§. 10.

3) Treten auch diesem an vielen Orten die Particularrechte bey.

Bayrisches Landrecht tit. 8. *art.* 1. „so ist der Verkäufer (wenn er das pactum de non praestanda evictione schloß) nicht schuldig, Gewährschaft zu leisten, und um Aller Schaden gut zu seyn, doch muß er den eingenommenen Kaufschilling wieder erstatten."

Würtemb. gem. Landrecht p. II. tit. 15. „So aber der Verkäufer Anfangs angedingt, daß er in keine Wehrschaft verbunden seyn wollte, so ist er nach erfolgter Eviction, allein, den Kaufschilling wieder zu erstatten, schuldig, sonsten aber dem Käufer einiges Interesse zu entrichten, oder einigen Abtrag zu thun nicht schuldig."

§. 11.

Nicht so unbedingt wie Thibaut es annimmt,

System des Pandektenrechts §. 171.

wie Hellfeld, es festsetzt,

Jurisp. forens. §. 1121.

und Dabelow bestimmt,

Römisch=deutsches Privatrecht §. 1271.

kann man also annehmen, daß bey dem pacto de non praestanda evictione, auch die Befugniß, das als Gegenleistung Gegebne zurückzufordern, wegfalle. Im Gegentheil scheint es nur als Regel aufgestellt werden zu können, daß es mit Recht zurück zu verlangen ist, und nur unter den folgenden Ausnahmen nicht:

§. 12.

1) Wenn derjenige, welcher die Gegenleistung zurück zu fordern, sich befugt erachten kann, schon bey Schließung des Geschäfts in dolo war. Dies nimmt auch Ulpian am Ende des oben angeführten Gesetzes an. Denn eines Theils dürfen dolo malo geschloßne pacta nicht aufrecht erhalten werden.

L. 7. §. 9 ff. de pact.

Andern Theils darf Niemand aus dolus Vortheil ziehen,

L. 63. §. 7 ff. pro socio.

und daher kann ohnerachtet des geschloßnen Vertrages

nicht bloß das quod interest nicht, sondern auch die Gegenleistung nicht zurückgefordert werden.

Brunnemann ad l. 11 ff. de a. e. v. no. 9. sqq.

§. 13.

2) Wenn im Vertrage zugleich ausdrücklich ausbedungen ist, es solle die Gegenleistung nicht zurückverlangt werden können. Nisi forte, ait Julianus, quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiat, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat. (l. 11. §. 16. de a. e. v.)

§. 14.

3) Wenn Verkäufer nicht allein ausdrücklich ausbedung, jeder Gewehr entzogen seyn zu wollen, sondern auch dem Käufer, in der ausdrücklich benannten Absicht dadurch jeder Verpflichtung enthoben seyn zu wollen, alle Documente oder sonstigen Instrumente, die er selbst von seinem Auctor empfing, überlieferte, mit denen er ihm, im Fall bevorstehender Eviction, assistiren könnte, wenn ihm Lis denuncirt würde. Wenn er, wie die Franzosen sagen, pour tout autre droit de guarantage a bailli et delivré au dit acheteur les lettres d'acquisition, qu'il a faite de son vendeur. Dann hat er offenbar durch Cession dieser Instrumente sich jeder Verbindlichkeit entzogen, und Käufer, der darein willigte, kann ihn nicht in Anspruch nehmen, das Precium zu erstatten, welches er sonst, auch beym geschloßnen pactum de non prae-

standa evictione mußte, — ait enim Julianus veluti futurum jactum retis a piscatore emit.

§. 15.

4) Wenn Verkäufer mit der Formel verkauft hätte: „Wir verleihen ihm das Gut, so viel wir daran durch Recht zu verleihen haben, (vendo tibi quidquid juris in ea hereditate habeo, vel si quid juris in illa habeo,) denn hier tritt ein, was l. 10 ff. de h. v. a. v. besagt: quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid juris esset venditoris, venire, nec postea quidquam praestitum iri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad venditorem pertineret.

§. 16.

5) Wenn bey Theilung einer Erbschaft, die Miterben unter sich ausgemacht haben, daß keiner von ihnen gehalten seyn solle, Eviction zu prästiren. Denn wenn dann auch diese eintritt, kann nach l. 14. Cod. fam. erc. keiner auf Rückleistung Anspruch machen.

§. 17.

Einige nehmen an, daß ein pactum de non praestanda evictione *tacitum* bestehe, wenn Käufer wußte, daß es eine fremde Sache sey, die er erstand, denn dann kann er weder Prästirung des quod interest, noch Rückgabe der Gegenleistung verlangen. Ra-

tio enim juris non petitur, ut quis ex improbitate sua actionem consequatur.

L. 12. §. 1 ff. de furt.

Und l. 1. in fin. Cod. de praescr. 30. v. 40. ann. besagt ausdrücklich: secundum principalium statutorum tenorem, malae fidei emptoribus pretium restitui non oportere. Sey nun in solchem Falle ein pactum de non praestanda evictione geschlossen oder nicht, so kann Käufer dennoch auf nichts als Rückleistung Anspruch machen,

Carpzov P. II. const. 34. def. 15.

Schilter exerc. ad pand. 54.

jedoch tritt begreiflich eine Ausnahme ein, wenn Käufer zwar wußte, daß es eine fremde Sache, aus rechtlichen Gründen aber den Verkäufer zur Alienation befugt hielt.

Ueber die Frage: ob eine Servitut im Thuen bestehen könne.

§. 1.

Die aus der Natur der Sache fließende Definition der Servitut ist, daß sie „das dingliche Recht“ ist, „Nutzen von einer fremden Sache unter Einschränkung der Rechte des Eigenthümers zu ziehn.“ Der gewöhnliche Anhang den die Rechtslehrer dieser Definition geben, ist: „dergestalt, daß der Eigenthümer der fremden Sache, etwas leiden, oder nicht thun muß.“

Unter die bey den Servituten allgemein angenommenen und bekannten, in l. 13. §. 1 ff. comm. praed. l. 19. Cod. de serv. l. 9 ff. de serv. l. 1. §. 17. ib. de aq. quot. L. 13. §. 1. de S. P. R. l. 10 ff. de serv. l. 1. §. 67 ff. de rivis. l. 3. §. 15. 16 ff. de itin. act. priv. l. 6. §. 2. si serv. vind. L. 26. de S P. U. l. 33. §. 1. de S. P. R. l. 1. de us. usufr. et red. enthaltenen Grundsätze, gehören auch die: *Servitutum causa perpetua esse debet*, l. 28 ff. de S. P. U. l. 23. §. 1 ff. de S. P. R. — *Servitus voluptatis causa constitui nequit*, l. 8. pr. ff. de serv. *Servitus in faciendo consistere nequit*, l. 15. §. 1. de serv. l. 6. §. 2. ib. Gegen Jede derselben lassen sich gegründete Einwendungen machen.

§. 2.

§. 2.

Was die Regel servitutum causa perpetua esse debet betrifft, so soll zwar daraus der Grundsatz erhellen, daß eine Realservitut nicht anders bestehen könne, als wenn das praedium serviens von der Beschaffenheit sey, daß es fortwährenden, besonders aber beständigen Nutzen gewähre, (denn fortwährenden Nutzen gewährt auch servitus discontinua nicht,) und l. un. §. 4. de fonte besagt zwar, hoc interdictum de cisterna non competit, nam cisterna *non habet perpetuam causam*, nec vivam aquam. Ex quo apparet in his omnibus exigendum ut *viva aqua* sit. Allein dennoch ist sie nicht anzunehmen, denn l. 2. Comm. praed. enthält den geltendsten Widerspruch, wenn es heißt: „de aqua per rotam tolenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit quidam dubitaverunt ne hae servitutes non essent. Sed rescripto Antonini ad Tullianum adjicitur; *tuendum esse eum qui hoc jus possidet.* Und noch bestimmter, drückt sich l. 9. de s. p. r. aus, wo unbedingt gesagt wird: Servitus aquae hauriendae vel ducendae, nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest, hodie tamen *ex quocunque loco constitui solet.*

§. 3.

Eben so viele Einwendungen lassen sich gegen den Grundsatz: „servitus voluptatis causa constitui nequit“ machen. Es heißt zwar in l. 8. pr. ff. de serv. „ut pomum decerpere liceat, ut spatiari et

coenare in alieno possimus servitus imponi non potest." Allein dagegen wird in l. 15. de S. P. U. „Servitus ne *gratiori* afficiatur prospectui" angenommen, in l. 3. pr. de aq. quot. et aestiv. heißt es rücksichtlich, der servitus aquaeductus: hoc jure utimur ut etiam *amoenitatis* causa aqua duci possit, wie die Worte der l. 8. §. 1. si serv. vind. besagen: ut in parietem tigna mihi immittere liceat, supraque eo tigno *porticum ambulatorium* facere u. s. w.

§. 4.

Ein besonderer Gegenstand des Streites aber, ist der Satz: servitus in faciendo consistere nequit" bey dessen Vertheidigung man sich gemeinhin begnügt, auf l. 15. §. 1 ff. de serv. hinzudeuten, wo es heißt, servitutum natura non ea est ut faciat quis aliquid, sed ut aliquid patiatur aut non faciat." Auf diese Worte sich stützend, nehmen denn fast alle Rechtslehrer an, daß eine Servitut unmöglich im Thuen bestehen könne, und nur Einige versuchen dies zu behaupten. So sehr ich der Meinung dieser letzteren beytrete, so wenig kann ich aber die von ihnen angeführten Hauptgründe annehmen. Als Beweis soll ihnen servitus oneris ferendi, und servitus altius tollendi dienen. Es wird also nur darauf ankommen, die Natur beyder Servituten genau zu untersuchen, und die dabey gewöhnlich angenommenen Sätze einer nähern Prüfung zu unterziehen.

§. 5.

Was 1) die servitus oneris ferendi anlangt, so besteht sie darin, daß unser Nachbar leiden muß, daß unser Gebäude auf seiner Wand, seiner Säule, oder seinem Gewölbe ruhe. Aus dem Begriffe folgt also nur, daß der Nachbar leiden muß. Er soll aber nach der gewöhnlichen Meinung, auch verpflichtet seyn, das Gemäuer zu bessern, dagegen sonst immer dominus praedii dominantis, diese Verbindlichkeit auf sich hat, und darin setzen also die Vertheidiger der beregten Streitfrage ihr Argument, weil ja nun dominus praedii servientis, die Ausbesserung übernehme, mithin sich zu einem Thuen verpflichten müsse. Es ist dieß aber ungegründet, denn a) l. 6. §. 2. si serv. vind. stellt den allgemeinen Satz auf „*in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet qui sibi servitutes adserit*, non *ad eum cujus res servit*, und eben das besagt eben so deutlich l. 7. §. 2 ff. de us. et quemadm.

b) Sagt dagegen zwar l. 33 ff. de s. p. u. „eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes, quae servirent, non eum, qui imponere vellet. *Nam cum in lege Aedium ita scriptum esset etc.*“

Eben so ferner l. 6. §. 2. si serv. vind.: etiam de servitute quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera feras, et aedificia restituas, ad *eum modum qui servitute imposita comprehensus est*, so deuten doch schon die Worte *cum in lege aedium* und *ad eum modum qui in servitute imposita com-*

prehensus est deutlich an, daß hier die ganze Verbindlichkeit des domini praedii servientis, nur aus einem Vertrage entspringe. Die Verbindlichkeit desselben leitet sich also nicht aus der Natur der Servitute, sondern *ex pacto* her. Dies leuchtet um so mehr ein, wenn man annimmt, daß:

c) auch ohne l. 7. §. 2 ff. de usufr. in Erwägung zu ziehen, schon die gesunde Vernunft es lehrt, daß der Herr des praedii dominantis, der allen Nutzen zieht, auch die ihm selbst ersprießlichen Lasten zu tragen verbunden ist, und nur durch einen Vertrag das Gegentheil bestimmt seyn kann, daß

d) kein einziges Gesetz ohne dabey eines Vertrages zu gedenken, die servitus oneris ferendi von der allgemeinen Regel ausnimmt, welche nach l. 8. §. 2 ff. si serv. vind. auch auf die serv. tigni immitt. angewandt wird. Endlich aber

e) daß auch die bekanntesten Rechtsregeln entgegenstehen, ad quem rei commoda spectant, ad eum et incommoda redire debent, — ex qua quis re lucrum capit, ejus damna sentire debet, u. s. w.

Die ungezweifelt richtige Meinung ist also, daß weder der Herr des dienstbaren, noch des dominirenden Gutes dem Andern zur Reparatur verbunden ist, (l. 7. §. 2 ff. de usufr. „si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere") der Eigenthümer des Gebäudes inzwischen, wenn er es nicht will einfallen lassen, seines eigenen Vortheils wegen, es repariren muß. In l. 8. pr. si serv. vind. ist noch ausdrücklich bemerkt, daß wenn der dominus praedii servientis,

(dem Vertrage nach,) das Gemäuer bessern läßt, er nicht nöthig hat, so lange das Gebäude des Andern zu unterstützen. Aus diesem Allen erhellt denn, daß von einer *servitus faciendi* in diesem Falle nicht die Rede seyn kann.

§. 6.

Was nun 2) die *servitus altius tollendi* betrifft, so schiene es zwar, als ob hier eine wirkliche servitus faciendi wäre, wenn man Carpzov's Definition, „servitus altius tollendi adest, quando cogere possum vicinum, ut altius tollat suas aedes, quia ex eo sentio utilitatem, cum prosit mihi ad arcendum ventorum impetum, vel ut praestet umbram eo loco, quo solem habere gratum non est," wollte gelten lassen. Allein so controvers die Frage, worin die eigentliche Natur dieser Servituten bestehe, ist, und ewig bleiben wird, so gerathen scheint es doch diese Meinung zu verwerfen, und die sich auf Gründe stützende Andere anzunehmen. Nach dieser und überhaupt der gewöhnlichen Meinung ist servitus altius tollendi, das Recht sein Haus höher zu bauen, als die zum Vortheil des Nachbaren vorhandenen Gesetze es verstatten. Man hatte nemlich, wie bekannt, in Rom Baugesetze, in Folge derer, nach Augusts Vorschrift, die Häuser eine Höhe von 70, nach Trajans Verordnung von 60, und nach Leos Bestimmung von 100 Fuß, haben durften, nach denen es aber auch dem Nachbar des Bauenden verstattet war, davon zu dispensiren. Verstattete also der Nachbar, daß man dennoch höher bauen durfte, so hatte man ser-

vitutem altius tollendi, und nun mußte er leiden, daß man es that, wobey also bloß ein pati, nicht aber ein facere von seiner Seite vorkam. L. 12. §. 4. Cod. de aed. priv. „Qui autem ex pacto vicini aedificant, intra definitum ab eis modum aedificent. Tunc enim et eo non custodito spatio permittimus attollere aedificia, etiam si prospectum adimant iis qui consenserunt et pacti sunt.“ Daß die servitus altius tollendi bey Uns gar nicht vorkommen könne, läßt sich zwar nicht im Allgemeinen behaupten, daß sie es aber nur an wenig Orten kam, ist unläugbar, weil an den meisten Bauverordnungen sind, gegen die kein Einzelner dispensiren kann. So z. E. heißt es in der Ulmischen reformirten und verbesserten Bauordnung von 1683 tit. 2. art. 1. „Wir, ordnen setzen und wollen auch, daß Alle diejenigen, so hinfürter neuen Bau machen lassen, ein jedes Haus drey Gaden oder Stock hoch, welche die rechte Stockhöhe haben und behalten, wol machen, und dann das Tachwerk darauf setzen mögen, an denenselben dreyen Stöcken, mag an Jeglichem 9 Zoll und nicht mehr, aber wohl minder, und also in Allem 27 Zoll u. s. w.“

Vergl.

Nürnbergische erneuerte Reformation von 1564, tit. 26. l. 2.

Erneute Reformation der Stadt Frankfurt am Mayn, P. VIII. tit. 2. „von Höhe der newen Bawen.“

Lüb. Stat. lib. 3. tit. 12. art. 1.

§. 7.

So wenig nach dem Gesagten sich also annehmen läßt, daß servitus oneris ferendi, und altius tollendi, eine servitus faciendi sey, so wenig läßt sich darum das Daseyn dieser verwerfen.

Gleich der erste Einwand, welcher entgegengestellt wird, rem rei servire, praedium praedio servitutem debere, id autem *facere* nil posse, ist so sehr nichtig, daß sein Ungrund in die Augen springt. Nicht dem praedio, sondern dem Herrn desselben, steht die Servitut zu, nicht von Jenem, sondern von diesem wird sie gefordert, und wenn die Rechte sowohl, als die Verbindlichkeiten, gleich nur im Bezug auf die Sache, und um der Sache willen entspringen, so kann man doch nicht der Sache zuschreiben, was nur auf die Besitzer seine Anwendung findet. Freylich wohl ist es wahr, daß das praedium nichts thuen könne, aber kann es denn nach der gewöhnlichen Definition der Servituten, servitus consistit in patiendo et non faciendo, kann es denn etwas unterlassen, kann es denn etwas leiden? Nur der Besitzer kann dieß letzte auf sich nehmen, und der Besitzer kann auch allein zum Thuen verpflichtet werden.

§. 8.

Die Definition der servitus faciendi ist, daß sie das dingliche Recht ist, mittelst dessen jeder Besitzer eines praedii, von dem Besitzer eines andern praedii verlangen kann, daß er zu seinem Vortheil etwas thue. Ob eine obligatio ad patiendum et non faciendum, damit concurrirt oder nicht, und

welcher Art die Verbindlichkeit des serviens ist, ist gleichgültig, denn es sind accidentalia, die die Natur der Servitut nicht ändern, mittelst der nach gewöhnlichen Begriffen ein jus reale intuitu praediorum festgesetzt wird, in Folge dessen, ein Besitzer von dem Andern, Nutzungen verlangen kann.

§. 9.

Die servitus faciendi, kann wie die Servituten überhaupt, actu inter vivos, ultima voluntate, und praescriptione ihren Ursprung nehmen. *Actu inter vivos*, wenn sie durch einen Vertrag festgesetzt wird, welcher justum titulum abgiebt, und so wie bey den affirmativen Servituten, darin die Quasitradition liegt, daß der Besitzer des praedii servientis leidet, daß der Andere etwas thut, so liegt sie hier darin, daß er etwas thut. Man wendet ein, der Besitzer eines Grundstückes könne zwar wohl sich und seine Erben zu etwas Positiven verpflichten, nicht aber, da die Servitut sich gegen jeden Herrn der dienenden Sache äußert, seinen successor singularis, mithin erhielte der Andere ein bloßes jus ad rem gegen ihn und seine Erben, und nur eine persönliche Klage fände Statt. Der Grund davon ist nicht abzusehen. Kann der dominus praedii servientis nicht bloß sich und seine Erben, sondern auch seinen successor singularis rechtsbeständig verbinden, etwas zu leiden und nicht zu thun, warum soll er nicht eben so wirksam ein Thuen vorschreiben können? Setzen wir den Fall, A als Besitzer des praedii servientis, bestellt den B als Besitzer des dominantis servitutem tigni immi-

tendi, dergestalt, daß die Verbindlichkeit, den Balken zu erhalten, und jede nöthige Besserung vorzunehmen, dabey ist. Im vorkommenden Fall lebt er auch wiederholt allem diesem nach. Ist nun sein successor singularis verpflichtet, den Balken des B in seinem Gemäuer zu dulden, warum kann er nicht eben sowohl zur Ausbesserung verpflichtet werden? Ist er *ad patiendum* verbindlich gemacht, warum kann er nicht auch *ad faciendum* es seyn? Aus Gründen der Vernunft läßt sich das Gegentheil nicht zeigen, und die Gegner begnügen sich, eben den Controverspunkt servitus in faciendo consistere nequit, als ihre Aegide vorzuschieben. Weber sagt, das Grundstück sey Object des Rechts, und sonst werde nur der Eigenthümer verbindlich gemacht. Dies ist aber so viel als nichts gesagt. Des Grundstückes wegen ist der serviens verbindlich gemacht, zu leiden und nicht zu thun, des Grundstückes wegen kann er auch zum Thun verpflichtet werden. Weil im gegebenen Fall, A als dominus praedii servientis gezwungen ist, den Balken des B in seinem Gemäuer ruhen zu lassen, ist er, als eben dieser verbunden, es zu bessern, und sonst zu thun, was bey Bestellung der Servitut bestimmt ward.

§. 10.

Ultima voluntate wird sie eben so bestellt, und hier tritt alles Vorgesagte ein. Hat Testator das Recht zu bestimmen, sein Erbe, und jeder folgende successor singularis, solle einem Dritten servitutem viae über den Acker gestatten, warum soll er nicht auch

eben so gültig bestimmen können, daß sie zur Erhaltung des Weges verbunden seyn sollen? Hat er das Recht zu sagen, jeder Besitzer des Grundstückes A soll leiden, daß B darüber fährt, und kann er durch diesen Befehl jeden Besitzer verbindlich machen, warum soll er nicht auch wirksam befehlen können, jeder Besitzer des genannten Grundstückes soll verbunden seyn, den angrenzenden Acker des B zur Hälfte zu pflügen, und warum soll nicht eine gleiche Verbindlichkeit zur Folgeleistung eintreten? Einen vernünftigen Widerspruchsgrund kann ich mir nicht denken.

§. 11.

Durch die Verjährung kann sie anders constituirt werden. Wie bey den affirmativen Servituten a momento patientiae, und bey negativen von Zeit der Beruhigung beym Widerspruch an, die Zeit der Verjährung zu laufen anfängt, so beginnt sie hier a tempore exactionis facti, alteriusque assensus.

§. 12.

Daß übrigens die servitus faciendi in Deutschland wirklich begründet sey, das beweisen die jura bannaria zur Gnüge, weil sie im dinglichen Rechte an eine fremde Sache bestehen, vermöge dessen jeder Besitzer derselben, zu unserm oder unsers Gutes Nutzen etwas thun muß. Dicuntur, sagt *Bornius*, jura bannaria autem jus reale, vel in respectu ad eum qui nobis est obstrictus, et ita jus reale est quando

persona non ut talis, sed qua certae rei possessor nobis est obligata, ita ut jus nobis constitutum, non in sola personae obligatione, sed in ipsa re quodammodo sit radicatum, vel in respectu ad nos ipsos, et sic est jus reale quod non personae nostrae tantum est constitutum, sed simul in respectu ad rem nostram, unde fit, ut jus tale, cum soli personae non inhaereat, non ad nos tantum, et successores nostros universales pertineat, sed ad omnes rei istius possessores qui in ea, titulo etiam singulari nobis succedunt transmittitur.

Dem Besitzer steht also actio confessoria, und dem, der rechtlich diese Bannrechte nicht dulden zu dürfen meint, actio negatoria zu. Wie dennoch Höpfner behaupten kann, daß hier von einem Monopolium, nicht von einer servitus faciendi, die Rede sey, ist nicht wohl zu begreifen. Allerdings mag z. B. das Recht, eine Zwangmühle haben zu dürfen, ein Monopol seyn, aber durch den Mühlenzwang wird eine wirkliche servitus faciendi begründet. Unbezweifelt ist, daß diese auch da vorkommt, wo alle Besitzer eines dienstpflichtigen Gutes, zu gewissen Prästationen verpflichtet sind, die sie im Betreff des Gutes zu leisten schuldig sind. Und um so eher trete ich darum den Worten des alten Juristen Manzius bey, wenn er sagt: in praxi frequens est, ut possessores quarundam aedium et praediorum ad faciendum jure servitutis, et quidem realis et perpetuo duraturae cogantur, non tantum dominis

locorum et superioribus, sed etiam vicinis, e. g. ad pontem restaurandum vel reficiendum, ad ligna advehenda, et ad similia alia, et si quis in foro negaret, tales servitutes imponi posse, cum risu exploderetur.

Manzius de serv. praed. urb. quest. 20. n. 80.

Ueber die Collation, und einige in der Lehre von derselben vorkommende Streitfragen.

---

§. 1.

Die erste Veranlassung zur Einführung der Gütereinwerfung (bonorum collatio) war nach der wörtlichen Bestimmung des Gesetzes

L. 1. pr. ff. de Collat.

manifesta aequitas, und erstreckte sich auf die Emancipati, welche bekanntlich, wenn sie more vetere oder anastasiano emancipirt waren, alle Familien- und Successionsrechte verloren, sui juris wurden, oeconomiam separatam anstellten, und mithin sich selbst, nicht aber dem pater familias, der sie entlassen hatte, acquirirten. Aus diesen Gründen konnten sie sowohl im Testament des Vaters übergangen werden, als auch ihrer Seits ihnen keine Verbindlichkeit oblag, den Vater einzusetzen, wenn er sich nicht durch das pactum fiduciae, die Successionsrechte über sie reservirt hatte. Indem der Prätor dies in der Folge aufhob, und ihnen ex edicto unde liberi, Bonorum possessionem verstattete, kränkte er die Rechte der sui, zu deren offenbarem Nachtheil diese Vergünstigung war. Denn während die Emancipirten lediglich für sich erwarben, acquirirten die sui alles für den Vater und die gemeinschaftliche Erbmasse, woran nun die Erste-

ren zum Nachtheil der letzten Antheil nahmen. Dieser in die Augen springenden Unbilligkeit zu wehren, und die den suis zugefügte Läsion zu heben, verordnete der Prätor, daß wenn der emancipirte Descendent, dem suo durch seine Concurrenz als prätorischer Intestaterbe schade, er gehalten seyn solle, demselben Alles zu conferiren, was er nach der Emancipation auf irgend eine Weise acquirirt habe, ut sua quoque bona in medium conferant qui appetant paterna.

§. 2.

Nahm gleich nach ausdrücklicher Bestimmung der l. 11. Cod. de legit. hered. die Emancipatio Justinianea, den emancipatis nicht mehr die jura familiae et successionis, so wenig wie die Quasiemancipation, bedurfte es also der Anrufung des prätorischen Erbrechts nicht mehr für dieselben, um mit den suis in der Succession zu concurriren, und schwand also der vom Prätor angegebene Grund der Collation, so ward sie selbst dennoch nicht verworfen, und in der Folge durch die Kaiserlichen Constitutionen angenommen, daß die Descendenten in vorliegenden Fällen zur Conferirung gehalten seyn sollten.

§. 3.

Der gemeinhin angenommene Grund derselben: praesumtus amor aequalis parentum erga liberos, scheint mir, wiewohl von den Meisten angenommen, aus keinem einzigen Gesetz aber deutlich gefolgert, wenig zulänglich zu seyn. Sagt man, daß wenn die Aeltern eins der Kinder vor den andern begünstigten

ohne der Collation zu gedenken, dieses zu derselben verpflichtet sey, weil es im Zweifel nicht anzunehmen sey, daß die gleiche Liebe der Aeltern für ihre Kinder, solche Begünstigungen zulasse, und also das Gegentheil zu präsumiren sey, so springt der Ungrund in die Augen. Denn aus der Zuwendung eines Vortheils entspringt auch die natürliche Vermuthung, daß es wirklich ein Vortheil seyn solle, der es beym Eintreten der Collation dagegen aufhören müsse zu seyn, und den in der Succession concurrirenden, auf die Conferirung bestehenden Descendenten, müsse der Beweis obliegen, daß es des Vaters Absicht nicht gewesen sey, eine Begünstigung zuzuwenden. Sicherer geht man daher, wenn man die, in den Gesetzen als Veranlassung der älteren Collation, angegebene Billigkeit, auch als den Grund der neuen annimmt, mit der es nicht verträglich ist, daß wo Allen gleiche Ansprüche zustehen, Einer auf Auszeichnung besteht. Zu eben so vielen Zweifeln veranlassen die Definitionen, welche die meisten Rechtslehrer von der Collation geben. Aus Hellfelds Bestimmung

Jurisprudentia forensis §. 1607.

folgt, daß die Kinder nur das zu conferiren gehalten seyn sollen, was sie zu Lebzeiten der Aeltern erhalten haben, und doch müssen sie die Früchte und Zinsen der zu conferirenden Sache, vom Augenblick der deferirten Erbschaft an, berechnen, also nach dem Tode der Aeltern. Nimmt man Höpfners Bestimmung

Theoretisch-practischer Commentar §. 709.

an, so folgt, daß die Descendenten Alles, was sie

empfangen haben, conferiren müssen, welches eben so unrichtig ist, und daß nur die donatio ausgeschlossen bleiben soll, welches man, wie unten erhellen wird, wiederum nicht annehmen kann. Läßt man Dabelow's Definition gelten,

Römisch-deutsches Privatrecht §. 1131.

so folgt, daß die Civilalimente unbedingt nicht zu conferiren sind, welches man um so weniger annehmen kann, als man darunter gemeinhin Studien- und Promotionskosten begreift, welche ersteren nur mit Einschränkung der Collation nicht zu unterwerfen sind, die letzteren aber durchaus dazu gebracht werden müssen. Und auch Thibauts Definition.

System des Pandektenrechts §. 950.

läßt eine gegründete Gegenbemerkung zu, weil man nicht sagen kann, daß der Descendent das, was er dem Ascendenten schuldig ward, conferiren müsse, denn rücksichtlich dieses und Alles dessen, was der Vater dem Sohne *credendi animo* gab, wird derselbe als Debitor angesehen, und muß es als solcher wie jeder andere Schuldner an die Masse bezahlen. *Bausch* dissertatio de subsidio parentum Collationi obnoxio. §. 21. „id vero quod animo credendi subministratum est, crediti rationem habet, sive titulus mutui expresse interveniat, sive tacite intervenisse praesumatur. Censeri ergo potest jure *aeris alieni* cujus intuitu liberi debitores existimantur, adeo ut parens *ipse vivus* adhuc, id jure crediti repetere possit.“

Genauer

Genauer möchte die Bestimmung seyn: die **Collation** besteht darin, daß die **Kinder**, einer **gesetzlich anerkannten Billigkeit wegen, alles, was sie directe oder indirecte erhalten haben oder erhalten, wodurch die Erbschaftsmasse zum Präjudiz der Andern, widerrechtlich geschmälert werden würde, wieder zur Feststellung der Gleichheit in die Erbschaftsmasse liefern, oder der Regel nach, sich anrechnen lassen müssen.**

§. 4.

Die aus der Natur der Sache fließenden, besonders zu erörternden Fragen sind, — wem die Pflicht der **Collation** obliegen muß, — was als Gegenstand derselben anzusehen ist, und auf welche Art sie geschieht?

Im Betreff der ersten Frage, ist schon oben erwähnt, daß in den ältesten Zeiten die **Pflicht** zur **Collation**, sich nur auf die emancipati erstreckte, welche durch ihre **Concurrenz** den suis schadeten, und aus diesem Grunde conferirten die emancipati und sui unter einander nicht, so wenig wie der emancipatus dem suo, wenn er diesem durch seine Concurrenz nicht schadete. Toties igitur, heißt es in l. 1. §. 5 ff. de Collat. collationi locus est, quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati: *ceterum si non est, cessabit collatio.* In der Folge aber wurde, wie aus l. 12. 16. 17. 19. Cod. de Collat. bekannt, und bereits oben erwähnt angenommen, daß der Billigkeit

wegen, die Collation unter allen concurrirenden Descendenten Statt haben solle, mögen sie nun *ab intestato*, oder durch ein Testament berufen, zur Succession gelangen. Das letzte könnte viele Zweifel veranlassen. Man könnte sagen, daß es allerdings der Billigkeit zwar angemessen sey, daß die *ab intestato* zur Erbfolge gelangenden Kinder, zur Collation gehalten würden, daß aber bey einem vorhandenen Testament, um so weniger auf die Conferirung gedrungen werden könne, als

1) der gewöhnlich als Veranlassung der Collation angeführte Satz: praesumtus amor parentum erga liberos aequalis, hier keine Anwendung finden könne, weil die Präsumtion der Wahrheit weichen müsse, und wo der Vater sich bestimmt und deutlich über seine Willensmeinung erklärte, ja ein solenniter abgefaßtes Document über dieselbe niederlegte, auch eine jede Untersuchung dessen, was er dachte oder nicht dachte, überflüßig seyn müsse, und wenn man den sprechenden Thatumständen noch eine Präsumtion beygesellen wolle, es keine andere seyn könne, als die, daß der Vater auch Alles, was er in seinem Testament bestimmte, reiflich erwogen habe; als

2) auch die als eigentlicher Grund der Collation anzusehende Billigkeit, hier nicht in Betracht gezogen werden könne, da die Kinder sofern ihnen die legitima, und darüber verlassen sey, auf nichts weiter Anspruch machen könnten, es ferner nicht unbillig genannt werden könne, wenn ein Vater aus ihm bekannten Gründen, ein Kind vor dem Andern begünstigt habe, und wenn dies nicht seine Absicht gewesen sey,

es ja bey ihm gestanden habe, die Collation im Testament zu befehlen; als

3) der sonst sehr richtige Satz: „die Collation müsse eintreten, so oft der Wille der Aeltern zweifelhaft sey, hier nicht erwogen werden könne, da das Testament eine feste Bestimmung abgiebt; als endlich

4) wenn der Vater im Testament seinen Kindern bestimmte Portionen angewiesen habe, um so weniger von der Schmälerung dieser durch die Collation die Rede seyn könne, da es die bekannteste Rechtswahrheit ist: daß in einem gültigen, vollkommen rechtskräftigen Testament, die bestimmt ausgedrückten Verordnungen des Testators, sofern sie sonst zu Recht bestehen können, unbedingt als Norm gelten müssen, und weder eine Einschränkung noch eine Ausdehnung zulassen.

Allen diesen gegründeten Zweifeln kann man nur Novella 18. c. 6. entgegenstellen, wo geboten wird, daß die ab intestato oder ex testamento succedirenden Descendenten conferiren sollen, wobey es aber noch immer eine große Frage bleiben möchte, ob die dort genannten Gründe „quoniam incertum est, ne forsan oblitus datorum, aut prae tumultu mortis angustiatus, hujus non est memoratus,“ nicht als Ausnahme nur dann von Wichtigkeit seyn könnten, wenn der Testator in großer Eile, oder in plötzlicher Todesangst das Testament machte, und wegfallen müßten, wenn er bey voller Ueberlegung testirte? Daß die Kinder, das nach gemachtem Testament Erhaltene, auf alle Fälle conferiren müssen, so weit es Gegenstand der Collation ist, ergiebt sich von selbst.

§. 5.

Streitig ist es, ob der Entferntere dem Näheren zu conferiren verbunden ist. Die verneinende Meinung muß aber das Uebergewicht behalten, denn l. 1. §. 2. ff. de dot. collat. sagt: „si sit nepos et neptis ex eodem filio et dotata sit neptis, sit et filius non pater eorum: neptis omnem dotem soli fratri collatura est, emancipata autem neptis dotem et bona sua soli nepoti, non etiam patruo conferet.“ Und eben so sagt l. 1. §. 18. ff. de conjung. cum em. lib.: „Sed etsi nepos, et ex alio nepote defuncto duo pronepotes: unus ex pronepotibus emancipatus soli fratri suo conferat: vel si frater non est soli patruo, non etiam patruo majori. Im Widerspruch damit liegt, daß der Enkel conferiren müsse, was sein Vater erhielt, dessen Erbe er nicht ward, dies leuchtet aus Nov. 118. c. 1. hervor, wo geboten wird, daß der Großsohn Alles, was sein Vater vom Großvater erhielt, und hätte conferiren müssen, sich soll anrechnen lassen. Der Grund liegt darin, daß er *ex jure repraesentationis* succedirt.

§. 6.

Den Ascendenten und Collateralen brauchen die Descendenten nach l. 12. Cod. comm. utr. jud. so wenig zu conferiren als diese unter sich dazu verbunden sind. Die sonst sehr wahre Bestimmung, daß die Descendenten auch sonstigen dritten Personen zur Collation nicht gehalten sind, leidet inzwischen eine Ausnahme, welche Pufendorf T. 3. obs. 186. angiebt. Wenn nemlich einer der Descendenten, welcher die Erb-

schaft antrat, insolvent wird, an dessen Stelle aber seine Gläubiger treten, so sind die Descendenten diesen zur Collation verbunden, so wie die Gläubiger selbst, welche den insolventen Descendenten repräsentiren, gezwungen werden können zu conferiren.

§. 7.

Die Beantwortung der zweyten, vor allen Andern wichtige Frage, was Gegenstand der Collation sey, und was nicht, geht aus der oben von ihr gegebenen Bestimmung hervor, daß nemlich die Kinder Alles, was sie directe oder indirecte erhalten haben, oder erhalten, wodurch die Erbschaftsmasse zum Präjudiz der Andern widerrechtlich geschmälert werden würde, zu conferiren verbunden erachtet werden müssen. Wenigstens giebt dieser Satz, wenn er als Norm aufgestellt wird, eine genauere Bestimmung ab, und entscheidet die Frage, was zu conferiren sey, leichter, als die von Hellfeld gegebene Richtschnur „conferendum est omne id quatenus liberi exinde locupletiores facti sunt, abgesehen noch davon, daß sich gegen diese Bestimmung an sich schon Zweifel aufdringen. Denn soll locupletior fieri so viel bedeuten, als effective Vermehrung des Vermögenszustandes, so ist der Ausdruck hier unanwendbar. Durch das peculium castrense wird der Vermögenszustand des Sohnes vermehrt, und dennoch wird es nicht conferirt, durch Hochzeitkleider wird er nicht eigentlich vermehrt, und doch sind diese Gegenstände der Collation. Eben so wenig brauchten dann die Promotionskosten conferirt

zu werden, ja in manchen sehr leicht denkbaren Fällen nicht einmal das subsiduum paternum.

§. 8.

Gegenstand der Collation ist demnach 1) die *dos* mit ihrem accessorium. Quamquam ita, heißt es in l. 1. pr. ff. de dot. Collat., demum ad collationem dotis praetor cogat filiam: si petat B. P. attamen et si non petat conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat, et hoc D. Pius Ulpio Adriano rescripsit, etiam eam, quae non petierit B. P. ad collationem dotis per arbitrum familiae erciscundae posse compelli. In nichts liegt eine größere Unbilligkeit, und auch Dabelow stimmt §. 1134 in seinem Römisch-deutschen Privatrecht damit überein, obwohl er sich vergebens gegen das zu klar sprechende Gesetz auflehnt, — wie darin, daß die Tochter nicht verbunden erachtet werden soll, die dos zu conferiren, wenn sie zur Zeit des Todes ihres Vaters, ohne dolus oder culpa von ihrer Seite umgekommen ist, wie denn überall in solchen Fällen nach dem Gesetz die Verbindlichkeit zur Conferirung nicht eintreten soll.

L. 2. §. 2 ff. de collat.

Das hier vorhandene positive Gesetz erklärt sich so bestimmt, daß bloße Billigkeitsgründe nicht hinreichen können, es anzufechten, es mögen aber wenig unbilligere Verordnungen vorhanden seyn, denn die Frau ist Eigenthümerinn der dos, da des Mannes Recht von den Gesetzen selbst nur ein jus temporarium genannt

wird, casum autem sentit dominus, und in diesen wie den übrigen Fällen, ist es wenigstens höchst unbillig, daß die übrigen Kinder den casum mit empfinden sollen, den sie allein zu tragen verbunden wären. Mit eben so vielem Rechte würde, nach einer natürlichen Analogie, der Käufer einer Sache, welche perfecto consensu noch in den Händen des Verkäufers umkam, sich der Verbindlichkeit, den hier durch casus entstandenen Schaden zu tragen, entziehen, welches doch die Gesetze bestimmt verbieten. Eine Ausnahme inzwischen, wo die *casu* umgekommene *dos* dennoch conferirt werden muß, ist dann vorhanden, wenn der Mann die dos venditionis causa aestimata erhielt, denn hier geht nach l. 10 ff. de jure dot. das dominium vollkommen auf ihn über, er empfindet casum, und der Frau ist alles unverloren.

§. 9.

Kann der Frau culpa oder gar dolus imputirt werden, so muß sie unbedingt, wenn gleich die dos umkam, sich zur Collation verstehen. Und auch dann soll sie nach der Bestimmung des Gesetzes als in culpa versirend, betrachtet werden, wenn der Mann in zerrüttete Umstände geräth, sie mithin die Gefahr einsieht, ihre dos zu verlieren, und keine wirksamen Anstalten dagegen trifft.

Nov. 97. c. 6.

Vergl. mit dieser l. 29. Cod. de Jur. dot. l. 24. pr. ff. solut. matrim. dos quemadm.

Im Fall zu großer Jugend, ist sie aber nach den End=

worten des erstbenannten Gesetzes, auch in diesem Fall entschuldigt.

§. 10.

So wie die dos ist auch 2) die *donatio propter nuptias* (antipherna) nach l. 17. Cod. de coll. und auch nicht weniger 3) eine jede *donatio simplex* Gegenstand der Collation. Die Meinungen der Rechtslehrer über die Frage, ob eine einfache Schenkung unter den Lebendigen conferirt werden müsse, sind sehr getheilt. Dabelow l. c. §. 1134. verwirft ihre Conferirung unbedingt, ohne Gründe anzuführen, Hellfeld l. c. §. 1611. statuirt sie, ohne ebenfalls seine Gründe zu nennen. Es wird darauf ankommen, die Entscheidungen für und wider aufzusuchen, um das Resultat zu ziehen.

Zwar scheint es, wenn man das Wesen der Schenkung untersucht, und erwägt, daß sie ihren Grund in mera liberalitate findet, daraus aber den an sich gegründeten Schluß zieht, daß es die allerdings zu präsumirende Absicht des Vaters sey, das beschenkte Kind vor Andern zu begünstigen, welche Begünstigung durch die Conferirung doch offenbar gehoben wird, als ob die Schenkung der Collation nicht zu unterwerfen sey. Zwar hat es den Anschein, als ob daraus, daß Justinian einen einzigen Fall ganz besonders als Ausnahme aufstellt, wo die Collation einer donatio simplex Statt finden solle,

L. 20. §. 1. Cod. de collat.

zu folgern wäre, daß es Regel sey, sie nicht zu con-

feriren; zwar pflichten diesem Allem mehrere Rechtslehrer bey, Pufendorf tom. 4. obs. 171., Walch controv. jur. civ. p. 258, 398, Cocceji jus civ. controv. ad lib. 37. tit. 6. quaest. 4;

Allein den Worten der Nov. 18. c. 6. in fine „nisi expressim designaverit etc. gemäß, bemerkt Dabelow selbst §. 1133, sich widersprechend sehr richtig: „daß wenn nicht deutlich hervorleuchtet, daß die Aeltern durch die geschehene Zuwendung eines ihrer Kinder besonders begünstigen wollen, mit Hintansetzung aller Vermuthungen ihr Wille für zweifelhaft angenommen, und das Kind zur Collation gehalten werden soll, wenn sie nicht ausdrücklich im Testament oder sonst die Collation untersagt haben;

Auch besagt l. 13. Cod. de collat. gerade das Gegentheil in den Worten eum praecipuum habere contra jus postulas u. s. w., und

Nov. 18. cap. 6. in fine schreibt vor: res quovis modo datas esse conferendas;

Weshalb auch Stryck de succ. ab intest. diss. II. cap. 4. §. 13. Leyser sp. 410. Heumann exerc. volum. 1. sp. 9., den gegründeten Satz aufstellen, daß ein jedes Geschenk conferirt werden müsse, sofern nicht der Vater die Collation ausdrücklich verbietet, und sofern nicht das Geschenk gar zu geringe ist, in welcher letzten Rücksicht l. 5. §. 8 ff. de don. inter vir. et ux. eine Richtschnur abgeben kann, wo gesagt wird, daß bey den Schenkungen zwischen Mann und Frau, facultas revocandi gegen die Regel nicht in Betracht komme, wenn das Geschenk von der Art

sey, daß der Schenkgeber nicht ärmer, der Schenknehmer nicht reicher dadurch werde. Die donatio remuneratoria braucht nach einer natürlichen Analogie der l. 7. §. 2 ff. de don. int. vir. zwar nicht conferirt zu werden, allein dennoch geht Dabelow unstreitig zu weit, wenn er dies unbedingt annimmt, denn es ist als Grundsatz anzunehmen: daß da die donatio relata als Compensation zu betrachten ist, nur in sofern sie kein Gegenstand der Conferirung seyn dürfe, als sie das debitum compensandum nicht beträchtlich excedirt, das plus aber wenn es beträchtlich ist, als offenbare liberalitas nach den oben angeführten Grundsätzen zu beurtheilen ist. In Betreff der collatio vetus, mußte der emancipatus dem suo die donatio gleichfalls conferiren, quia in suo non valuit donatio, sed mansit in bonis paternis.

§. 11.

Auf gleiche Art müssen denn 4) die *dona nuptialia*; 5) die zur Zeit der Hochzeit geschenkten Kleider, Kostbarkeiten und Putzsachen nach l. 19. Cod. de collat., und 6) das *subsiduum paternum*, die jährliche Zubuße, Beyhülfe zur Wirthschaft, die der Vater einem seiner Kinder gab, der Collation unterzogen werden, welche letztere Lynk in seiner dissert. inaug. de subsidio paterno cap. 4. so bestimmt: est autem subsidium paternum subministratio rei familiaris quaedam, qua pater filiis aliisque liberis, qui sese ab aedibus et potestate paterna separarunt, quaedam cujuscunque generis sint, ad instituendam novam oeconomiam,

eamque separatam a paterna, et ad vitam honeste peragendam concedit et assignat."

Mathias Berlich in decis. p. 2. dec. 246. n. 16. Statute der Stadt Hamburg p. III. tit. 4. §. 3. „Hätte der Vater seinem Sohn, eine Summe Gelds, damit zu handeln und Nahrung zu suchen vorgestreckt, und darnach mit Tod abgienge: so muß der Sohn dasselbige zuvor einbringen oder ihm abkürzen lassen, wo er mit den andern Schwestern und Brüdern erben will."

§. 12.

Nach Argumentirung der l. 30. §. 2, Cod. de inoff. test., läßt sich die Frage beantworten, ob der Sohn die zum Ankauf einer geistlichen Pfründe, und die zur Bestreitung der Promotion verwandten Kosten zu conferiren schuldig sey oder nicht? Was die erste betrifft, so ist er unbedingt zur Conferirung gehalten, weil ihm ein festes Auskommen gesichert, und gleichsam eine quasi dos gegeben wird, und nur eine einzige Einschränkung könnte in einem besondern Falle Statt finden. Denn wenn der Vater dem unmündigen Sohne die Pfründe unter der Bedingung kauft, daß er sich von Stund an selbst ernähren solle, so kann der Sohn bey nachmaliger Collation auch verlangen, daß die mäßigen Civilalimente, welche der Vater ihm bis zu den festgesetzten Jahren schuldig ist, von dem Quantum der zu conferirenden Kaufsumme abgezogen werden. Wo, im Betreff der Promotionskosten, wie in Sachsen der Doctortitel zur Advocatur erforderlich ist, da kann auch, wenn er zu diesem Behuf erworben ist, kein Zweifel seyn, daß die dadurch verursachten Kosten zu conferiren sind, weil eine jährliche Ein-

nahme dadurch erworben wird, wenn gleich indirecte, die Rechtslehrer aber den Gesetzen nach annehmen: „Quae parentes ad consequendam dignitatem, ex qua liberi reditus habeant, dederunt, ea quoque conferenda esse.“ In diesem Falle also kann nicht einmal ein Zweifel seyn. Dabelow nimmt nach meiner Meinung sehr richtig, obwohl ohne Gründe anzuführen, an, daß die Promotionskosten unbedingt zu conferiren sind, Hellfeld behauptet eben so das Gegentheil, und schließt sich der Meinung an, welche Uhl in seinem Tractat „de sumtibus filio a patre ad dignitatem doctoralem consequendam suppeditatis, non conferendis,“ durchzuführen sucht. Die Gründe des letztern sind eine bloße Ausdehnung dessen was Cocceji in seinem Jus civ. controv. ad lib. 37. tit. 6 quaest. 3. gewiß falsch anführt: „non conferuntur sumtus doctorales, quia sunt pars alimentorum, quidquid vero in alimenta filii impenditur non confertur.“ Wie gewaltsam herbeygezogen es ist, die Promotionskosten zu den Alimenten zu rechnen, fällt in die Augen, und mehr noch, wenn man die Definition derselben erwägt. „Complectuntur enim alimenta,“ sagt Hellfeld in seiner „jurisp. for. §. 1235, — *cibaria*, *vestimenta*, *habitationem*, eaque quae ad *curationem* et *disciplinam* pertinent.“ Unter welche dieser Rubriken die Ausgabe für einen Titel zu zählen ist, läßt sich nicht einsehen, und selbst lächerlich muß man diese Behauptung nennen, wenn man auf den Grund der Alimentationsverbindlichkeit sieht. L. 50 ff. fam. erciscund. auf welche Cocceji sich stützt, kann hier auch

nicht in Betracht kommen, denn sie redet nur von Studienkosten, woraus noch immer nicht auf Promotionsgebühren, welche nicht eigentlich damit zusammenhängen, zu schließen ist.

§. 13.

Nach der analogisch aus der Argumentirung der angeführten l. 30. §. 2. Cod. de inoff. test. hervorgehenden Bestimmung, daß von den Kindern, die zur Erkaufung eines Dienstes erhaltenen Gelder zur Collation gebracht werden sollen, ergiebt sich ein in die Augen fallender Widerspruch mit l. 1. §. 15 ff. de Collat., der sich auf l. 3. §. 4 ff. de don. int. vir., und l. 11. ib. de Castr. peculio gründet.

Die erwähnte l. 1. §. 15. de Coll. befiehlt, daß das peculium castrense und quasi castrense nicht conferirt werden soll. Nach den beyden letzten eben angeführten Gesetzen, gehört wie ohnedem bekannt zum peculio castrensi, aber nicht bloß was das Kind bey Gelegenheit der militia selbst erwirbt, was freylich eo ipso bey der Collation nicht in Betracht zu ziehen ist, sondern auch was die Aeltern dem Sohn zur Erwerbung und Equipirung einer Militaircharge zufließen lassen. Aus dieser aber erlangt derselbe jährliche Einkünfte, und da nach Anwendung der beregten l. 30. §. 2. Cod. de inoff. test. zu solchem Behuf hergegebene Gelder conferirt werden müssen, auch damit die scheinbar entgegenstehende l. 1. §. 16 ff. de Collat. nicht wirklich im Widerspruch steht, weil in dieser nur die Conferirung des zum Ankauf solcher Stellen verwandten Geldes verboten wird, aus denen dem

Sohne onera erwachsen, nicht aber reditus zufließen, so ergiebt sich auch, daß man nur mit dieser Einschränkung den Satz annehmen darf, daß peculia castrensia kein Gegenstand der Collation sind.

§. 14.

Durch ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes, sollen von der Collation aber eximirt seyn:

1) Die empfangenen Alimente. Die alimenta naturalia brauchen unter keinen Umständen conferirt zu werden, welches sich aber nicht so unbedingt von den Civilalimenten annehmen läßt, in deren Betreff der Satz aufzustellen wäre, daß sie nur in soweit keinen Gegenstand der Collation abgeben dürfen, als sie ein gewöhnliches mäßiges, den Verhältnissen des Vaters angemessenes Quantum nicht überschreiten. Die Studienkosten sind nach dem Gesetz und der gewöhnlichen Meinung von der Collation eximirt, doch sind auch hier mehrere Einschränkungen nöthig.

a) Die bey Beurtheilung der Frage in wie weit Civilalimente zu conferiren sind, eintretenden Grundsätze, müssen auch hier gelten, und es ist anzunehmen, daß die Studienkosten nur in so weit nicht zu conferiren sind, als sie das Maaß der zu gestattenden Civilalimente nicht überschreiten.

b) Aus den Worten der l. 50 ff. fam. erc. „quae pater studiorum causa subministravit,“ läßt sich zwar mit Recht schließen, daß unter die Studienkosten auch die durch Anschaffung der Bücher veranlaßten Ausgaben zu rechnen sind, welche also, sofern sie nicht unmäßig sind, nicht

conferirt zu werden brauchen, allein nach analogischer Anwendung der l. 1. §. 25 ff. de Collat. müssen sie nichts desto weniger zur Collation gebracht werden, wenn der Sohn den Zweck nicht erfüllte, oder gar während der angeblichen Studienzeit, eine ganz andere, damit im Widerspruch liegende Beschäftigung übte. Von den Studienkosten selbst läßt sich dies in solchem Falle nicht wohl annehmen, weil diese, wie erwähnt, nur in so weit nicht zu conferiren sind, als sie das Maaß der bürgerlichen Alimente nicht überschreiten, welche zu fordern der Sohn doch unter allen Umständen berechtigt ist.

c) Aus der oben angeführten l. 50. fam. erc. leiten einige Rechtslehrer, unter ihnen auch Hellfeld und Cocceji, sonderbar genug einen Grund für ihre Behauptung her, daß zu Reisen hergeschossenes Geld nicht conferirt zu werden brauche. So wenig dies vernünftiger Weise aus den Worten „quae pater filio *studiorum causa peregere agenti* ergründen läßt, so sehr scheint es mir doch angenommen werden zu müssen, daß wo die Reisen wie bey den Handwerkern an die Stelle der Studienjahre treten, die darauf verwandten Kosten, auch nach den Grundsätzen, die bey diesen Statt finden, beurtheilt werden müssen.

d) Der von Leyser in sp. 411. p. 1. aufgestellte Satz, „daß die bey Gelegenheit der Studien, zu Lebzeiten des Vaters contrahirten Schulden, aus der väterlichen Erbschaftsmasse zu bezahlen seyn sollten," bedarf, wenn er nicht mißverstanden werden soll, der Erläuterung, daß dies auf den einzigen

Fall sich beziehen kann und darf, wenn der Vater dem Sohne die Studienkosten widerrechtlich vorenthält, und dieser sie deshalb durch eine Anleihe sich verschafft.

e) Da wie begreiflich die Pflicht des Vaters zur Alimentation, nur bis zum Augenblick seines Todes zu rechnen ist, so folgt auch, daß nach den Endworten der l. 20. §. 6 ff. fam. erc. die nach dem Tode desselben aufgewandten Studienkosten, allerdings zur Collation gebracht werden müssen, sofern nicht die Erbvertheilung gleich geschieht.

Struv. exerc. 37. §. 30.

§. 15.

Der von Carpzov P. III. c. 11. def. 21. aufgestellte Satz, daß die Kosten des Hochzeitschmauses, den der Vater zu Ehren des Kindes gab, nicht conferirt zu werden brauchten, weil sie als Theil der Alimente anzusehen wären, muß als ungegründet wegfallen, und dagegen die aus l. 13. Cod. de Coll. hergeleiteten Grundsätze ihre Anwendung finden, weil diese Ausgabe ihren Grund in mera liberalitate findet. Zu weit geht Thibaut l. 2. §. 952., wenn er annimmt, daß die den Kindern gegebenen, zur Zeit des Todes ihres Vaters noch existirenden Kleider zu conferiren sind. Wenigstens müsse man doch, wenn man sich in diese kleinlichen Bestimmungen einlassen wollte, das Quantum des conferendi, nach dem Verhältniß der Zeit, vom Augenblick des Erhaltens bis zum Tode des Testators abmessen.

§. 16.

§. 16.

Von der Collation gesetzlich eximirt, sind ferner 2) die vom Vater zur Einlösung des gefangenen Sohnes verwandten Summen.

L. 17. Cod. de postlim. rev.

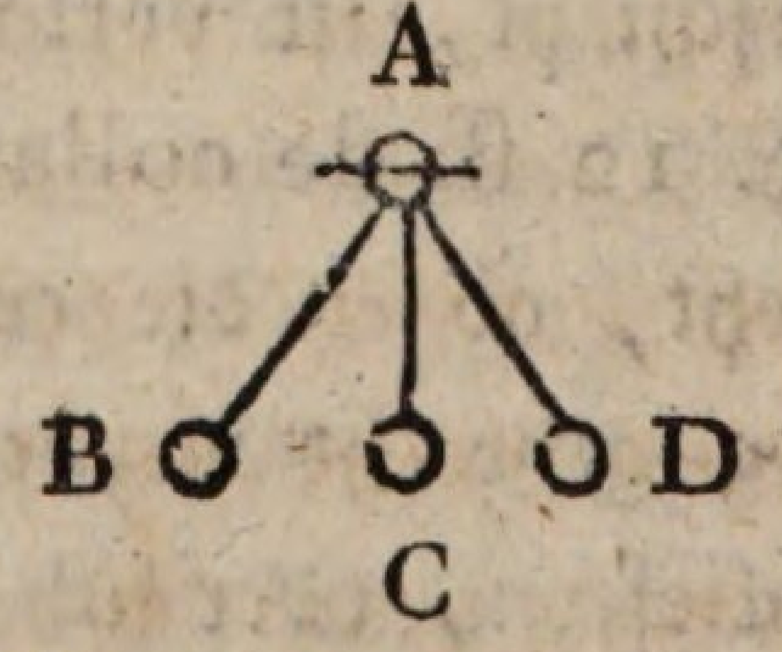
3) peculia mit der oben bemerkten Einschränkung. Die von Hellfeld festgesetzte Bestimmung: ea quae pater reipublicae causa in liberorum utilitatem impendisse praesumitur, non conferuntur, die er aus l. 1. §. 15 ff. de Collat. und l. fin. Cod. h. t. herleiten will, wo doch bloß vom peculio die Rede ist, läßt sich schon darum nicht unbedingt annehmen, weil sie zu allgemein ist. 4) Begünstigungen, die auf den Todesfall gegeben sind, nach l. 1. §. 19. de collat., jedoch mit der ausdrücklichen Ausnahme, sofern der Pflichttheil der Andern nicht dadurch geschmälert ist.

§. 17.

In Betreff der dritten Frage, auf welche Art die Collation geschieht, ist vorläufig zu bemerken, daß es nach l. 1. §. 12 ff. de collat. in der Willkühr des Conferenten steht, ob er die empfangene Sache, die ihm in Anschlag gebracht werden soll, in natura in die Erbmasse einliefern, oder sich den Werth berechnen lassen will. Die Bestimmung geschieht nach dem Werth, den die Sache zur Zeit des Todes des Testators hatte, doch schreibt l. 1. §. 23. eod. vor, daß wenn dolus oder culpa des Conferenten, eine Minderung des Werthes veranlaßte, dies demselben in

Anschlag zu bringen ist, dagegen es auf der andern Seite billig und gesetzlich angenommen ist, daß die vorgenommenen Meliorationen auch ihm allein zu Gute kommen. Unrichtig will Dabelow in §. 1134 und nota i. l. c. darthun, daß man dieser Bestimmung nicht folgen, sondern festsetzen müsse, daß der Werth, den die Sache zur Empfangzeit hatte, lediglich in Betracht zu ziehen sey, weil die das Gegentheil besagenden Gesetze, nur von der Collation der Emancipirten redeten, und deshalb nicht anwendbar wären. Der Streit darüber scheint einige wenige Fälle abgerechnet, ohne praktischen Nutzen zu seyn. Aus der einen Meinung geht hervor, die Sache solle in dem Zustande zur Masse geliefert, oder nach dem Zustande berechnet werden, den sie zur Empfangzeit hatte, und aus der andern folgt, da die Meliorationen und Deteriorationen in der Zwischenzeit des Empfanges und des Todes der Aeltern, nach den angeführten Gesetzen theils nicht in Anschlag kommen, theils ersetzt werden sollen, eben dasselbe.

Die Berechnung selbst geschieht auf diese Art.



Der vorhandene Nachlaß des A soll in diesem Fall in 7000 Thlr. bestehn.

B hat an Beyhülfe bereits erhalten	1000 —
C dergleichen	3000 —
D eben so	4000 —
	15000 Thlr.

Mithin beträgt das Erbtheil jedes Kindes 5000 Thlr.

B soll haben	5000 Thlr.
bereits erhalten	1000 —
bekommt heraus	4000 Thlr.

Und eben so erhält C noch 2000 Thlr., D aber nur 1000 Thlr. So wie im gegebenen Fall die Berechnung durch Subtraction geschieht, kann sie auch sonst durch Addition geschehn, da zu dem Herauszubekommenden das Erhaltene addirt wird.

§. 18.

Im Allgemeinen ist zu bemerken, daß es niemals präsumirt wird, daß die Kinder etwas der Collation Unterworfenes von den Aeltern empfangen haben, sondern der Beweis ist von denen, die ein Interesse dabey haben, zu führen. Dieser Beweis kann theils durch Vorweisung der Bücher der Aeltern geführt werden, wobey zu bemerken ist, daß die bloße Aufzeichnung der Aeltern nicht genügt,

L. 6. Cod. de prob.

Carpzov P. III. def. 2. dist. 16.

obwohl diese sonst vollen Glauben findet, und nur durch indicia doli entkräftet werden kann,

Hellfeld jurispr. for. §. 1166.

theils, wenn im Allgemeinen zwar bekannt ist, daß die Kinder etwas erhalten haben, nicht aber, wie viel mittelst Eidesdelation.

Stat. Hamburg. P. III. tit. 4. §. ult. „Im Fall auch gezweifelt würde, ob derjenige, so einzubringen schuldig, mehr empfan-

gen hätte, als er zu conferiren sich anerbieten thut, so mögen die Andern ihn zum Eid nöthigen, daß er nicht mehr als von ihm angezeigt empfangen habe, welchen Eid er zu leisten schuldig."

Im Fall indicia doli gegen den Conferenten da sind, werden die auf Collation dringenden Interessenten zum Juramentum in litem gelassen,

L. 1. Cod. de i. l. j.

L. 5. §. 3. ff. h. t.

der Conferent selbst aber muß Caution über die Conferirung bestellen.

L. 1. §. 9 ff. de collat.

Vernachläßigt er diese oder verweigert die Collation überall, so werden außerordentliche Rechtsmittel gegen ihn gerichtet, oder nach l. 1. §. 13. ib. die Erbschaftsklage ihm vorenthalten, wobey jedoch eadem lex in fine §. 10. vorschreibt: oblata postea cautione recipit pristinum jus.

§. 19.

Als zu erörternde Fragen sind hier noch besonders in Betracht zu ziehen:

I. Ob die Renunciation auf die Erbschaft von der Collations-Verbindlichkeit befreyt?

Die Meinungen über diese äußerst wichtige Streitfrage sind sehr getheilt. Allein was oben bey Gelegenheit der dos sine culpa amissa bemerkt ward, tritt auch hier ein, die Gründe der Billigkeit und Vernunft collidiren mit einem positiven Gesetz, welches sich so

bestimmt ausdrückt, daß es als Richtschnur angenommen werden muß.

Es muß in die Augen springen, daß nach den Gründen der gemeinsten Billigkeit diese Frage verneinend zu beantworten wäre. Gerirt der Sohn sich nach des Vaters Tode als Erbe, so muß er, wie zur Genüge bekannt, conferiren, was er empfing, und der Collation unterworfen ist. Es kann also hier leicht vorkommen, daß er anstatt zu empfangen, herauszugeben verpflichtet ist, wenn man z. E. nur den Fall annimmt, daß eine Erbschaftsmasse von 12000 Thalern da ist, zu der 3 Kinder concurriren, das Erbtheil eines Jeden mithin 4000 Thaler beträgt, eins derselben aber schon bey Lebzeiten des Vaters an subsidio paterno 5000 Thaler empfangen hat. Ist das Kind hier, wie es keinem Zweifel unterworfen seyn kann, zur praestatio hyperochae verbunden, so sollte es sich auch *nicht*, auf eine ihm allein vortheilhafte, Allen Uebrigen aber präjudicirliche Weise von dieser Verbindlichkeit, durch die Renunciation auf die Erbschaft befreyen können, um so mehr als diese Abstinenz für die Uebrigen einen zweyten Nachtheil haben kann, den, nun die Schulden des Erblassers allein tragen, und in seine Verbindlichkeiten allein eingehen zu müssen. Kretschmann in den Beyträgen zur positiven Rechtsgelehrsamkeit I. 181., und J. F. W. Lammers in seiner Erörterung obiger Frage treten diesen Gründen zwar bey, und führen sie weiter aus, allein l. 9 ff. de dotis collat. erklärt sich so bestimmt in den Worten: *et Divus Marcus rescripsit, non compelli abstinentem se ab hereditate patris ad conferendum*, daß in der Praxis

diese Gründe nur zu gewiß immer ohne Gewicht bleiben müssen.

§. 20.

Ein Anderes aber wäre es, wenn der Sohn vom Vater ein eigentliches mutuum empfangen hätte, und nun auf die Erbschaft renunciren wollte. Denn mag nach den Worten des Gesetzes, die Abstinenz ihn von der Verbindlichkeit zu conferiren befreyen, so kann sie ihn doch nicht der Verbindlichkeit entziehen, dasjenige zu bezahlen, was er als Debitor der Masse schuldig ist.

Gothofr. Barth. dissert. inaug. de beneficio abstinendi Sect. 2. §. 9. 22.

daß auch in der l. 71. §. 3. 4. 5 sqq. ff. de A. v. O. H. genannten Fällen, der Sohn auf das beneficium abstinendi keinen Anspruch machen kann, mithin seine Renunciation zu nichts fruchten würde, erhellt von selbst.

§. 21.

II. Ob die Früchte und Zinsen der vom Ascendenten empfangenen, der Collation unterworfenen Sache mit zu conferiren sind, und von welcher Zeit an?

Um diese Frage zu entscheiden, ist ein Unterschied zwischen den Früchten und Zinsen zu machen, die der Conferent noch zu Lebzeiten der Ascendenten, und derer, die er erst nach seinem Tode percipirte. Was die ersten anlangt, so nehmen zwar Einige an, daß sie conferirt werden müssen, nach Carpzovs richtigerer Meinung

aber ist dies ungegründet, denn der Conferent percipirt sie ex jure dominii et dispositione patris, und braucht sie demnach sich nicht anrechnen zu lassen. Was die andern betrifft, so wollen dies Einige nach dem aufgestellten Unterschiede, ob der Sohn in mora conferendi sey oder nicht, beurtheilt wissen, und statuiren, daß nur im ersten Falle die Collation eintreten müsse, indem sie sich auf die Worte der l. 5. §. 1 ff. de dot. coll. stützen, wo es heißt: „filia quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, *moram Collationi fecit*, viri boni arbitratu cogetur, usuras quoque dotis conferre, cum emancipatus frater etiam fructus conferat, et filia partis suae fructus percipiat.“

Richtiger aber ist es wohl, daß die Zinsen a momento delatae hereditatis, also von Todeszeit des Vaters an zu conferiren sind, da nach l. 12. Cod. de collat. von diesem Zeitpunkt an, die Verbindlichkeit zu conferiren anhebt, die zu conferirende Sache aber selbst zu der Masse gebracht, und nach l. 1. §. 11 ff. de collat. verb. in commune redacta, wie ein Theil der Erbschaft betrachtet werde. Von Stund an besitzt also Conferent *pro parte* rem alienam, und der Gewinn, den er aus ihr zieht, kommt ihm so wenig allein zu, als unfehlbar er verbunden ist, die Uebrigen deshalb zu indemnisiren. Daraus erhellt denn, daß ratio debendi hier nicht in mora liegt, sondern vielmehr daraus zu folgern ist, daß es gegen den guten Glauben streitet, Gewinn aus fremder Sache zu ziehn, in welchem Fall, auch ohne daß mora vorhanden ist, Verpflichtung zu Zinsen besteht, nach den klaren

Worten der l. 1. §. 1 ff. de us. et fruct. verb. etiam mora non interv., der l. 10. §. 3. ib. mand. v. c., verb. quia bonae fidei, der l. 12. §. 9. ib. verb. nec tantum. Hier ist also ein Fall, wo mora ex re ipsa sine interpellatione entsteht, nach l. 12. Cod. de contrah. et committ. stip., und Thibauts Bestimmung, er müsse erst besonders aufgefordert seyn,

System des Pandektenrechts. §. 954.

kann demnach nicht haltbar seyn.

§. 22.

Muß man nach den oben angeführten Gesetzesworten annehmen, daß die zu conferirende Sache als Theil der gemeinschaftlichen Erbschaft anzusehen ist, so folgt auch, daß da jeder der Erben vom Todesaugenblick des Erblassers an, die fructus seiner Erbportion zu genießen anfängt, hierzu aber die ihm zustehende rata des Conferendi gehört, er auch sofort berechtigt ist, die fructus dieser, als einen Theil des ihm gehörigen Ganzen zu fordern. Endlich aber ist noch zu berücksichtigen, daß die Collation, wie zu Anfang erwähnt, der herzustellenden Gleichheit wegen eingeführt ist, welche aber vermißt werden würde, wenn Conferent allein, die fructus einer ihm nicht ausschlußweise zustehenden Sache ziehen wollte. Man kann auch nicht sagen, daß dieser Meinung die oben angeführte l. 5. §. 1 ff. de dot. coll. entgenstehe, im Gegentheil spricht sie eher für als gegen dieselbe. Daß die Tochter in mora sey, wird als factum aufgestellt, ohne daß diese mora als Entscheidungsgrund genannt wird,

warum sie die Zinsen bezahlen solle. Als dieser wird angeführt: *quia boni viri arbitratu cogetur*, daß weil es als billig und rechtlich erkannt werden muß, dagegen nach legis citat. 10. §. 3. und l. 12. §. 9 ff. mand. v. c. es nicht mit der Billigkeit besteht, die Früchte einer nicht allein vollkommen zuständigen Sache ziehen zu wollen. Dies bestätigen die darauf folgenden Worte: cum emancipatus frater etiam fructus conferat noch mehr, denn dieser conferirt nicht erst a tempore morae, sondern a tempore delatae hereditatis, von welcher Zeit an er rem pro parte alienam detinirt, und eben so sprechen dafür die dann folgenden Worte: cum et filia partis suae fructus percipiat. Diese percipirt nemlich die Früchte ihres Erbtheils von dem Augenblick an, da die Erbschaft deferirt wurde, mithin würde hier concursus duarum causarum lucrativarum eintreten, indem sie eines Theils fructus portionis hereditariae, andern Theils aber fructus rerum conferendarum zieht, welche, wie mehrfach dargethan, nicht zu ihrem Eigenthum gehören.

23.

III. Ob der Erblasser die Collation unbedingt zum besten Einiger erlassen, und ob er befehlen kann, daß der Collation nicht unterworfene Sachen dennoch conferirt werden sollen?

Der erste Punkt dieser Frage ist dahin zu beantworten, daß der Erblasser zwar das Recht hat, ein Kind vor dem Andern im Testament zu begünstigen,

mithin ihm auch, die sonst erforderliche Collation zu erlassen, daß er aber dies nur in so weit kann, als die legitima der Andern nicht dadurch lädirt wird. Denn darüber sind die gesetzlichen Vorschriften nach l. 32. Cod. de inoff. test. unbeschränkt.

Was den zweyten Punkt obiger Frage betrifft, ob der Erblasser befehlen kann, daß der Collation nicht unterworfene Sachen dennoch conferirt werden sollen, so ist hier ein Unterschied zu machen. Konnte der Vater nicht durch Zwangsverbindlichkeiten angehalten werden, die Sache zu geben, so kann er auch die Collation befehlen. War er aber verbunden, die Auslage zu machen, wie z. E. für Alimente, so kann er nach l. 11. Cod. de negot. gest. auch eben deshalb gar keine Bedingungen vorschreiben; die Frage ob der Vater befehlen könne, daß Studienkosten conferirt werden sollen, beantwortet sich nach dem bey Gelegenheit derselben oben Gesagten von selbst. So weit sie das Maaß der bürgerlichen Alimente überschreiten, müssen sie ohnedem conferirt werden. Excediren sie diese nicht, so ist auch das Gebot der Collation von Seiten des Vaters unwirksam, weil er verbunden war, sie zu geben, und die Einschränkung, die in l. 50 ff. fam. erc. in den Worten: „si non credendi animo dedit pater“ liegt, kann sich rechtlich nur auf dieses plus beziehen.

§. 24.

IV. Ob ein abgefundenes Kind schuldig sey, den Geschwistern, welche aus dem älterlichen Nachlaß wegen Unzulänglichkeit

nichts erhalten haben, von dem Empfangenen etwas herauszugeben?

Daß, wie im Allgemeinen zu bemerken ist, ein abgefundenes Kind, wenn es nachmals sich zur Erbschaft dennoch meldet, Alles bereits Empfangene conferiren muß, kann keinem Zweifel unterworfen seyn, und die Worte des Sachsenspiegels

lib. I. art. XIII. „Sundert der Vater und die Mutter einen ihrer Söhn oder Töchter von ihm mit ihrem Gut, sie sondern sich mit der Kost oder nicht, wollen sie nach Vaters oder Mutters Tod ihr Erbtheil wieder ansprechen, der Bruder gegen den Bruder, oder die benannte Tochter gegen der unausgestatteten Schwester: sie müssen in die Theilung wieder einbringen, mit ihrem Eid Alles das Gut, da sie mit abgesundert waren."

sind als allgemeine Bestimmung anzunehmen. Zur Entscheidung der oben aufgestellten problematischeren Frage, diene der folgende Fall mit dem decisum der Berliner Gesetzcommission.

„Anfrage der Stettinschen Regierung:" „Es sind bey Uns zwey Brüder mit einander in einen Proceß gerathen, mit dem es folgende Bewandniß hat."

„Der Aelteste dieser Brüder hat schon vor verschiedenen Jahren sein eigenes Hauswesen angefangen, und bey dieser Gelegenheit hat ihm der Vater ein Landgut für 24000 Thaler abgetreten, worauf er ihm aber 8000 Thaler erließ, und ihm diese Summe als eine Art von Aussteuer anwies, außerdem aber noch 1500 Thaler zur Einrichtung und verschiedenen Effecten zugab."

„Einige Zeit nachher errichteten die Aeltern beyder im Processe befangenen Brüder, ein wechselseiti-

ges Testament, worin sie sich einander nebst ihren beyden Söhnen zu Erben dergestalt einsetzten: daß sie Jedem derselben 9500 Thaler nebst einigen Betten und Leinen zum Erbtheile anwiesen, den alsdann noch bleibenden Ueberschuß aber sich einander vermachten, wobey sie jedoch festsetzten: daß da der älteste Sohn beym Antritte seiner Wirthschaft die vorgedachte Summe der 9500 Thaler, ingleichen auch das benannte an Leinen und Betten schon empfangen, ihm solches auf sein Erbtheil angerechnet werden solle."

„Es entstand jedoch nach Verlauf einer ziemlichen Zeit darauf, und noch vor Ableben der beyderseitigen Aeltern über deren Vermögen, ungeachtet sie außer dem an den ältesten Sohn abgetretenen Gute, noch einige ansehnliche Güter besaßen, ihnen auch sogar noch nach der Zeit, nachdem der älteste Sohn das Angewiesene empfangen hatte, zwey Erbschaften von 8 und 12000 Thaler zugefallen waren, förmlicher Concurs, und bey dem nicht lange nachher erfolgten Tode der Aeltern, fiel der jüngste Sohn mit seinem ihm angewiesenen ganzen Erbtheile aus."

„Dieser will sich nun deshalb an seinen ältesten Bruder halten, und verlangt besonders aus dem Grunde:

weil nach seiner Meinung die Absicht der Aeltern aus ihrem Testament offenbar dahin erhelle, daß sie keinem der Brüder vor dem Andern etwas vorausgeben, sondern sie einander gleich machen wollen, dies auch mit der natürlichen Billigkeit übereinstimme,"

daß sein ältester Bruder ihm die Hälfte von dem, von

dem Vater bey seiner Einrichtung Empfangenen herausgeben solle, und hat ihn deshalb in gerichtliche Ansprache genommen."

„Der Beklagte bestreitet dagegen seine Verbindlichkeit hierzu aus folgenden Gründen: weil er nämlich das Empfangene nicht nach dem Tode der Aeltern als einen Erbtheil, sondern bey ihrem Leben als ein Geschenk erhalten, und in dem Testamente nicht versehen wäre: daß er nach dem Tode der Aeltern, an seinen jüngern Bruder zu dessen Gleichmachung mit ihm, etwas herausgeben, sondern nur: daß dieser eben so viel aus dem Nachlasse erhalten solle, es also ein bloßes Unglück sey, daß nun dieser Nachlaß dazu nicht hinreiche, und dies Unglück Niemanden sonst als den jüngern Bruder treffen könne, zumal da das, was er empfangen, gegen das Vermögen der Aeltern, was sie zu der Zeit besessen, keinesweges zuviel gewesen, endlich aber er nun nicht Erbe seiner Aeltern geworden sey, sondern sich der ganzen Erbschaft derselben enthalte, welche ausdrückliche Entsagung zwar nicht gleich nach dem Tode der Aeltern erfolgt ist, die er aber bey dem schon eröffneten Concurse nicht eher für nöthig gehalten hat, da von keiner Erbschaft mehr die Rede gewesen sey."

„Der letzte dieser Gründe scheint Uns vorzüglich von nicht geringem Gewicht zu seyn, indem, wenn gleich nicht zu bestreiten ist, daß nach dem Inhalt des Testaments, der Wille der Aeltern dahin gegangen, die beyden Brüder unter einander in ihrem Erbtheile gleich zu setzen, dennoch wenn Kläger jetzo wider den Beklagten auf die Herausgabe der Hälfte des schon bey Leb-

zeiten der Aeltern Empfangenen dringet, dies nur vermöge der, in den Gesetzen unter Geschwistern bey der Beerbung ihrer Aeltern verordneten Collation des Empfangenen Statt finden kann, den Kindern aber, bekannten Rechten nach, die Freyheit zusteht, sich der Erbschaft der Aeltern zu enthalten, und in dem Falle auch die Verbindlichkeit zur Einwerfung des Empfangenen, nach l. 9 ff. de dot. collat. wegfällt."

„Wenn indessen dieser Fall, und die Frage: Ob bey solchen Umständen, da der zweyte Sohn gar nichts von den Aeltern empfänget, und für ihn keine Erbschaft übrig geblieben ist, der älteste bereits Abgefundene nicht verbunden sey, zu der sonst in den Gesetzen geordneten, und auch nach Inhalt des älterlichen Testaments beabsichtigten Gleichmachung der Kinder, in Ansehung des Nachlasses der Aeltern, von dem bey der letzteren Leben Empfangenen, dem Andern die Hälfte herauszugeben? in dem angeführten so wenig als andern Gesetzen klar entschieden ist, so haben wir u. s. w."

Entscheidung der Gesetzcommission. Auf die Anfrage u. s. w. hat die Gesetzcommission dahin concludirt:

daß nachdem die Anfrage nicht auf den Fall gerichtet ist, wo Aeltern einem Kinde eine solche Ausrichtung oder Schenkung machen, die nach dem Verhältnisse ihres zur Zeit der Ausrichtung oder Schenkung ihnen zustehenden Vermögens, den übrigen Kindern eine Verkürzung im Pflichttheile zuziehen würde, ein Sohn dasjenige, was er bey seiner Aeltern Leben, von diesen zur Einrichtung und zu seinem Etablissement, oder sonst titulo irrevocabili

erhalten, nach der Aeltern Tode in die gemeine Erbschaft zu conferiren, mithin davon an seine Geschwister etwas herauszugeben nicht schuldig, wenn er aus dem älterlichen Nachlasse sonst nichts erhält, und daher der älterlichen Erbschaft entsaget, obgleich die Aeltern in einem Testament den übrigen Kindern in der Absicht der Gleichmachung, so viel zum Erbtheil aussetzen als der eine Sohn bereits bey ihrem Leben empfangen, und die übrigen Kinder nichts aus deren Nachlaß wegen Insuffizienz erhalten."

§. 25.

V. Ist der im Kriegsdienste lebende Sohn, bey Theilung der Verlassenschaft seiner Aeltern schuldig, die von denselben erhaltene Zulage zu conferiren?

Als Grund der verneinenden Beantwortung dieser Frage könnte man anführen, daß die von den Aeltern dem Sohne gegebene Zulage, als Alimente zu betrachten wären, welche wie oben erwähnt, von der Collation befreyt sind. Sie muß aber bejahend beantwortet werden, denn

1) die subsidiarische Verbindlichkeit der Aeltern zur Alimentation hört auf, sobald der Sohn in der Lage ist, sich selbst unterhalten zu können, welche der Militairdienst ihn finden läßt.

2) Kann man demnach die Zulage nicht zu der Alimentation zählen, so muß sie entweder als donatio simplex betrachtet werden, wo sie denn nach den in §. 10. aufgestellten Grundsätzen zu conferiren ist, oder als

subsidium paternum, wo eben so unbezweifelt ein Gleiches eintritt. §. 11.

3) Nimmt man an, daß manifesta aequitas der Grund der Collation sey, so ergiebt sich das Resultat von selbst, und auch dann, wenn man die vermuthete gleiche Liebe der Aeltern für ihre Kinder, als Veranlassung derselben gelten läßt, muß um so eher die Conferirung mit Recht gefordert werden, als eine Ungleichheit entspringen würde, die nicht Statt finden soll.

4) Kann zum peculio castrensi die Zulage, eines Theils nach dem, was l. 1. Cod. de castr. pec. milit. et praef. dahin rechnet, nicht gezählt werden, andern Theils aber wäre im entgegengesetzten Fall zu berücksichtigen, was in §. 13. gesagt ist.

Ueber

Ueber einige Controversen in der Lehre von der Tutel.

§. 1.

Bey Beantwortung der Frage: ob ein Curator im Nahmen des Minorennen, aber ohne dessen Consens einen gültigen Contract schließen könne, sind die folgenden Fälle zu unterscheiden: 1) wenn der Minor bey unternommener Schließung des Contracts gegenwärtig ist, und widerspricht 2) wenn er gegenwärtig ist, und weder seine Zustimmung giebt noch widerspricht, 3) wenn er abwesend ist, der Curator weiß, wo er ist, ohne sich um seinen Consens zu kümmern, den Contract schließt, und nachmals der Minor davon benachrichtigt widerspricht 4) wenn er in solchem Falle nachmals ratihabirt, 5) wenn er abwesend ist, man nicht weiß, ob er lebt oder todt ist, oder wo er sich aufhält, und der Magistrat einen Curator bestellt, der ohne seine Zustimmung den Contract schließt.

Was den ersten Fall betrifft, so hat die Entscheidung mehr Schwierigkeiten, wenn der Minor schon in dem Alter war, daß er auch ohne Consens des Curators ein Testament gültig machen kann,

L. 4. Cod. qui test. fac. poss.

oder ohne einen Curator zu haben, einen Contract gültig eingehen kann,

L. 101. ff. de v. o.

denn hier könnte man schließen, daß da der Minor solche Befugnisse hat, der Curator auch gegen seinen ausdrücklichen Willen nicht contrahiren könne, vor Allen, wenn man erwägt, daß der paterfamilias auf das peculium adventitium seines Sohnes mehr Gewalt noch hat, wie der Curator über die Güter des Minors, und dennoch der Erste in gewissen Fällen bey Dispositionen über dasselbe den Consens des Sohnes haben muß,

L. 8. Cod. de bon. quae liber.

woraus man folgern könnte, daß um so mehr der Curator verbunden sey, auf den Dissens des Minors Rücksicht zu nehmen, welches einige Rechtslehrer, unter ihnen Berger in oeconomia juris lib. 3. tit. 1. §. 6. ibique alleg. autores, so weit ausdehnen, daß sie annehmen, ein Contract, welcher von dem Curator oder Tutor gegen ausdrücklichen Willen des Minors geschlossen sey, sey auch ipso jure nichtig. Die entgegengesetzte Meinung ist aber unstreitig die richtigere, und aus dem ganzen Titel der Pandekten und des Codex „quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt" herzuleiten, insbesondere aber aus der l. fin. Cod. dict. tit. wo es heißt: si hi qui te in pupillari aetate constituta tutores fuerint, postea in administratione perseverantes vel curatores constituti tua praedia locaverint, eos competentes conveni, sed et ex eorum

contractu, utilis tibi quaeri potuit contra successores conductoris actio." Es wird hier präsupponirt, daß die Curatoren ohne Consens des Minors seine praedia verpachtet haben, denn hätte dieser gleich Anfangs consentirt, so stände ihm actio directa gegen die Conductoren zu, nicht bloß actio utilis, welche doch das Gesetz expresse erwähnt, und um so mehr die erste Klage als er ex facto proprio per consensum curatoris roborato klagen würde. Da das Gesetz hier keinen Unterschied macht, ob der Curator das praedium des Minors verpachtet habe, ohne seinen Consens überall zu berücksichtigen, oder gegen seinen ausdrücklichen Dissens, so ist auch beydes gleich, und steht nach einem völlig gegründeten Schluß zu folgern, daß ein Contract, den der Curator auch gegen den Widerspruch des Minors einging, nichts desto weniger ceteris paribus bestehe. Was den ersten oben aufgestellten Einwand, hinsichtlich des Vorzuges, den der minor pubes in der Testamentifaction u. s. w. hat, betrifft, so ist darauf zu entgegnen, daß wenn derselbe gleich in einigen Handlungen mehr Vorrechte hat, wie der minor impubes, dennoch von einzelnen Fällen nicht auf alle zu schließen ist, besonders wenn andere Gesetze ein Entgegenstehendes verfügen, und was den zweyten Einwand im Betreff des peculii anlangt, so kann man daraus eben so wenig eine rechtliche Folgerung ziehen. Die Behauptung Bergers ist deshalb unstatthaft, denn was sollte z. B. geschehen, wenn der Curator ein nützliches Geschäft schließen wollte, und der Minor seinen Consens verweigerte, weil er etwa von einem andern Gesichtspunkt ausgeht? Dürfte die

Gelegenheit der Beförderung seines Nutzens versäumt werden? Gewiß nicht, und wenn er nachmals Schaden leidet, so steht ihm das remedium der R. i. J. offen, wenn gleich das remedium nullitatis sowohl im Betreff des Beweises, als im Betreff der Verjährung, für ihn ersprießlicher wäre. Der zweyte Fall ist um so leichter zu entscheiden, als man a majore ad minus logisch schließen darf, denn wenn der Widerspruch des Minors nicht wirksam ist, so kann der Contract um so weniger rescindirt werden, wenn dieser Widerspruch gar nicht Statt findet, der über dies nach l. 6. §. 2. l. 18 et 53. mand. tacite da ist, und in Hinsicht des dritten Falls, kann der nachmals erfolgende Dissens, um so weniger etwas fruchten, als wie oben gezeigt, der sogleich eingelegte nichts bewirken kann. Im vierten Fall kann gar kein Zweifel entstehen, der nach bekannten Rechten ratihabitio ad initium negotii retrotrahitur, und was den fünften betrifft, so folgt nicht minder nach dem oben Gesagten, daß der solchergestalt geschlossene Contract von Bestand sey, da dem Abwesenden der Curator zu dem Ende bestellt wird, um seinen Nutzen zu befördern, sein Vermögen auf Zinsen zu geben, damit es nicht ungenutzt liegen bleibe, seine liegenden Gründe zu verpachten u. s. w.

§. 2.

Genau erörtert zu werden verdient die Frage: ob der Pupill auf den Gütern seines Vormunds, der aus dem pupillarischen Vermögen ein quasi mutuum genommen hat, sich

einer stillschweigenden Hypothek erfreuen kann?

Unter die zum Besten des Pupillen bestimmten, bekannten Verfügungen, die in l. 7. Cod. de arbit. tut. Nov. 72 et 94. l. 2. pr. ff. de tut. et rationib. distrah. §. 6. Inst. de susp. tut. tit. ff. de satisd. tut. vel curat. L. 1 ff. de mag. conveniend. enthalten sind, gehört auch die in l. 20. Cod. de administ. et peric. tut. bestimmte Verfügung, daß der Pupill tacitam hypothecam auf die Güter seines Tutors haben solle. Das dem Pupillen zustehende Privilegium war Anfangs nur personale, wie aus l. 42. ff. de adm. et peric. tut. in l. 19. §. 1. ib. de reb. auct. jud. poss. hervorgeht, denn wäre es ein reale gewesen, so würde es in den angezogenen Gesetzen, dem Erben des Pupillen nicht verweigert seyn, dagegen es im ersten heißt: non causae sed personae succurrendum esse, und im zweyten, daß die successores pupilli, dies Privilegium nicht haben sollten. In der Folge aber wurde vom Kaiser Constantin die den Pupillen concedirte Vergünstigung extendirt, und ihnen tacita hypotheca auf die Güter ihrer Tutoren gegeben, mithin ein jus in re, vermittelst dessen sie dieselben von Jedem vindiciren können.

L. 14. Cod. de pign. et hypoth.

Nach römischem Recht beginnt dies stillschweigende Unterpfand, von dem Augenblick an, da der Tutor wußte, daß ihm die Tutel deferirt sey,

Carpzov P. II. const. 24. def. 12.

wenn es nach deutschem Rechte anfängt, ist unter den

Rechtslehrern streitig, indem Einige glauben, daß es a tempore confirmationis beginne,

de Ludewig differ. jur. rom. et germ. in tutel. in opusc. miscell. tom. 2. l. 4. ibiq. alleg. aut.

Andere, daß es a momento delatae tutelae seinen Anfang nehme.

Hoppii Comment. de inst. tit. de tut.

Inzwischen ist so viel gewiß, daß dies auch unberücksichtigt, sofort die tacita hypotheca wirksam wird, als des Tutors üble Administration die Veranlassung dazu giebt.

Wie nun der Tutor, sofern er nicht belangt seyn will, im Allgemeinen die gehörige Sorgsamkeit anzuwenden hat, so besteht im Besondern seine Pflicht darin, dahin zu sehen, daß ausstehende pupillarische Gelder sicher stehen, und säumige Schuldner sofort interpellirt, und mit richterlicher Hülfe zur Zahlung angehalten werden. Ist deshalb ihm das Mindeste zur Last zu legen, so hat auch er allein die Gefahr zu tragen,

L. 15 ff. de adm. et peric. tut.

L. 57. pr. eod.

da er vom Gesetz in jeder Rücksicht verpflichtet ist, wie ein diligens paterfamilias zu verfahren. Nach römischem Recht konnte er zwar in rem alienam auctoritatem interponiren, mithin auch einen Darlehnscontract für den Pupillen gültig abschließen, niemals aber war ihm verstattet in rem *suam* auctor fieri

§. 3. Inst. de auct. tut.

L. 1. pr. l. 7. pr. et §. 2 ff. h. t.

und wenn deshalb ein Geschäft zwischen Tutor und Pupill zu Stande kommen sollte, so pflegte vom praetor ein andrer Tutor bestellt zu werden, der immittelst auctoritatem interponirte, und also das Geschäft rechtsständig machte. In der Folge kam es in Gebrauch, daß an die Stelle des prätorischen Tutors ein Curator bestellt wurde, der aber nach abgeschlossenem Geschäft seine Function niederlegte, während der Andre in der seinigen fortfuhr. Hiernach ist anzunehmen, daß ein Tutor, welcher pupillarische Gelder als ein Darlehn haben will, in diesem Geschäft seine eigne Auctorität nicht interponiren kann, sondern zu dessen Eingehung und Bestätigung einen Curator bestellen lassen muß, der nach beendetem Geschäft wieder abgeht. Da es nun ferner die Pflicht des Tutors ist, die ausstehenden Gelder des Pupillen gehörig einzutreiben, und wenn er einen säumigen Schuldner bemerket, die Hülfe des Richters gegen ihn anzusprechen, wenn nicht alle Gefahr ihm allein zur Last kommen soll, so ist es um so mehr seine Obliegenheit, sobald er sieht, daß seine Umstände sich zum Verfall neigen, vor allen andern darauf bedacht zu seyn, die Forderung des Pupillen zu decken. Und da dieser bey eintretender sorgloser Verwaltung seiner Güter von Seiten des Tutors auf dessen Vermögen ein stillschweigendes Unterpfand hat, so muß dies auch in diesem Falle sich wirksam zeigen, wenn gleich Einige, und gewiß irrig, das Gegentheil annehmen, weil der Tutor hier nicht als solcher, sondern als Debitor des Pupillen betrachtet werden müsse. Daß der Tutor in rem suam nicht Auctor werden könne, ist oben bemerkt, er kann also in die-

sem Geschäft sein eignes Vollwort nicht interponiren, und wenn er es dennoch thäte, so würde er die Grenzen seiner Befugnisse überschreiten, und einem richtigen Schlusse nach stände anzunehmen, daß in solchem Falle gar kein Contract zwischen ihm und dem Pupillen bestehe, so wie er ohne Zuziehung des Curators sich suspect machen, und wirksam mit der actio tutelae belangt werden würde.

Es könnte scheinen, als ob der Tutor nicht unbefugt erachtet werden könne, sich proprio ausu ein Darlehn aus dem pupillarischen Vermögen zu nehmen, da es in l. 9. §. 7 ff. de adm. et peric. tut. heißt: „non tantum autem sibi ipsi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuum proscribendo, allein l. 5 ff. pr. de auct. et cons. tut. et curat. besagt das Gegentheil, und bemerkt, daß dies nicht ohne Zuziehung des Contutors oder Curators geschehen könne, woraus denn erhellt, daß in der angeführten Disposition des Gesetzes, nur uneigentlich das Geld ein mutuum genannt werde, obgleich die Verbindlichkeit zum Ersatz unwandelbar ist, welches auch nur durch das Gesetz ausgedrückt werden sollte. Es ist auch noch zu bemerken: wenn der Tutor einem Dritten die pupillarischen Gelder verleiht, so ist dies ein actus administrationis, den er nicht minder übt, wenn er das Geld für sich selbst nimmt, und da wegen übler Verwaltung dem Pupillen das pignus legale gegeben ist, so muß dies sich hier um so eher wirksam zeigen. Dazu kommt, daß der Tutor, wie ohnedem erhellt, dolum und culpam prästiren müsse,

L. 1. pr. et §. 3. de tut. et rat. distrah. L. 9. Cod. arbitr. tut. l. 18 ff. eod.

in denen er doch offenbar versirt, wenn er das pupillarische Geld zu seinem eignen Nutzen verwendet. Wußte er, daß ihm dies nicht verstattet sey, und thut es dennoch, so ist er in dolo, wußte er es nicht, so ist er in culpa, und beyde schaden ihm. Dem Pupillen ist dieserwegen die stillschweigende Hypothek um so eher zuzusprechen, als der Tutor sonst ex facto illicito Vortheil ziehen würde, und aus dem Gesagten:

„Daß er solchergestalt auctoritate in re sua propria utitur;

Daß er sich den Vorwurf einer übeln Administration mit Recht zu Schulden kommen läßt, da er contra legem prohibitivam, das Geld des Pupillen zu seinem Nutzen verwendet;

Daß er in dolo oder in culpa ist,“

erhellt, daß gegen Leysers Behauptung in seiner med. ad π. sp. 226. no. 10. sie ihm unbezweifelt verstattet bleiben muß. Dieser Schluß rechtfertigt sich um so mehr, wenn man erwägt:

1) Daß dem Pupillen das stillschweigende Unterpfand auf die Güter seines Tutors gegeben ist, damit seine Sicherheit ungefährdet sey, ubi autem eadem ratio, ibi et eadem dispositio legis. Und da das Gesetz in dem Falle, da der Tutor, ohne die gehörige Vorsicht anzuwenden, das pupillarische Vermögen einem Dritten anleiht, dem Pupillen ein pignus legale auf seine Güter einräumt, so ist kein Grund, warum dies nicht auch dann von Bestand seyn sollte, wenn der Tutor selbst es empfängt. Man könnte den Einwand ver-

suchen wollen, daß die stillschweigende Hypothek als ein jus singulare nicht extendirt werden dürfe, allein in der That geschieht dies nicht, wenn man ganz dem Geiste des Gesetzes folgt.

2) Daß auch in dem Falle, da der Tutor die Anleihe mit Vorwissen und Einwilligung des Contutors nimmt, ein actus administrationis vorhanden sey, indem mit Zustimmung des letzten, und nach Interponirung der Auctoritas desselben, ein Geschäft abgeschlossen wird, welches eine Disposition über das pupillarische Vermögen zum Gegenstand hat. In allen Geschäften aber, in denen der Tutor als Administrator verfährt, hat das pignus legale seine Wirkung.

3) Daß der stillschweigende Pfandnexus auf die Güter des Tutors, der das Darlehn nahm, um so mehr bestehen muß, als er vor demselben, im Betreff dieser Theile des pupillarischen Vermögens obwaltete, und durch die nachmalige Anleihe unmöglich aufgehoben werden kann.

Auf den ersten Anblick schon ist die bey dieser Gelegenheit aufgeworfene Frage, ob, wenn der Tutor mit Zustimmung des Contutors aus dem pupillarischen Vermögen das mutuum nimmt, und die Clausel dabey stipulirt, daß dieserhalb dem Pupillen kein pignus tacitum zustehen solle, diese von Effect sey? verneinend zu beantworten, da weder der Tutor noch der Contutor dem Pupillen ein jus quaesitum nehmen können, und ihre Gewalt nicht so weit reicht, Vergünstigungen vom Gesetz gegeben, ihm zu rauben. Im Gegentheil bleibt diese stillschweigende Hypothek demselben in den genannten Fällen, und bewirkt, daß er

immittelst ihrer, mit der actio hypothecaria, die Güter seines Tutors vindiciren kann, mögen sie nun per ultimam voluntatem, oder per donationem, oder titulo oneroso transferirt seyn.

L. 17. Cod. de adm. et peric. tut.

§. 3.

Ob nach der vom Minorennen erlangten *venia aetatis*, **die Curatel ganz aufgehoben sey?** ist von den Rechtslehrern verschieden beantwortet. Daß der Pupill nach zurückgelegtem zwanzigsten Jahr, sofern er die erforderlichen Beweise eines gesetzten Wandels beybringt, veniam aetatis erlangen könne, ist aus l. 2. Cod. de his qui ven. aet. bekannt. Haben sie diese demnach erlangt, so ist in allen Fällen, wo sie sonst den Consens des Curators bedurften, dieser ihnen nicht ferner nöthig. Denn wenn gleich die Erlangung der Jahrgebung nicht mit ausdrücklichen Worten unter den Erlöschungsarten der Curatel angeführt ist, so gehört sie dennoch nach einem sehr natürlichen Schlusse dazu, weil mittelst ihrer dem Minorennen die Verwaltung seiner Güter verstattet wird, und unter der Curatel nach §. 1. Inst. de curat. nur diejenigen stehen, welchen diese nicht vergönnt ist.

Es scheint diesem entgegenzustehen, und wird von einigen Rechtslehrern als Einwand angeführt, daß auch diejenigen, welche veniam aetatis impetrirten, nicht alle Rechte der Majorennen haben, und in einigen Stücken den Minorennen gleich geachtet werden, weil **Justinian** in l. 3. loc. cit. ausdrücklich verord-

net: eos qui veniam aetatis a principali clementia impetraverunt, non solum alienationem, sed etiam hypothecam minime posse sine decreti interpositione rerum suarum immobilium facere, jubemus in quarum alienatione vel hypotheca, decretum illis necessarium est, qui nec dum veniam aetatis meruerunt, ut similis sit in ea parte conditio minorum omnium, sive petita sit, sive non, aetatis venia." Allein, wenn man einen nähern Blick hierauf wirft, so muß bald hervorgehen, daß diese Worte mehr für die Affirmation als für die entgegenstehende Meinung sprechen; denn eines Theils wird nur ein Fall als Ausnahme aufgestellt, und andern Theils soll nach den Worten des Gesetzes bloß *decretum magistratus* erfordert werden, wobey also der Consens des Curators gar nicht berücksichtigt wird. Einen andern Einwand nehmen Einige aus l. fin. Cod. loc. cit. her, wo verordnet wird, daß wenn Jemanden ein legatum sub conditione legitimae aetatis verlassen sey, er wegen Erlangung der Jahrgebung noch nicht befugt seyn solle, es zu verlangen. Der Einwand ist aber offenbar nichtig, denn das Gesetz kann zwar verordnen: daß Jemand unter Umständen im zwanzigsten Jahr die Rechte haben solle, die ihm eigentlich erst im fünf und zwanzigsten zustehen, es kann aber nicht bewirken, daß der Wille eines Testators deshalb geändert werde. Das französische Gesetz läßt von der Erlangung der Jahrgebung nur wenige Rechte abhängen, wenn es besagt: un mineur quoique emancipé ne peut aliener, n'y hypothequer ses immeubles, n'y même agir en justice, sans le consentiment de

son tuteur. Il n'y a seulement que les revenus de son bien, qu'il peut percevoir, et dont il peut disposer absolument, en vertu du benefice d'age qui lui est accordé.

§. 4.

Verneinend scheint wegen l. 73 ff. de r. i. und l. 53. de v. s. die Frage beantwortet werden zu müssen: ob der Vater einem enterbten Sohne Vormünder bestellen könne? In der That muß sie aber bejahet werden, und zwar hauptsächlich nach l. 4. und 31 ff. de test. tut. wo es ausdrücklich heißt: pater herede instituto filio, vel *exheredato* tutorem dare potest; — si pater exheredatae filiae tutores dederit u. s. w. Ueberdieß behält der Vater, nicht zu gedenken, daß §. 8. Inst de tut. und l. 1 ff. de test. tut. ihm indistincte verstatten, seinen Kindern Vormünder im Testament zu bestellen, über die Enterbten nicht minder die väterliche Gewalt, und unter den Erlöschungsarten der p. p. wird nirgends die Enterbung mitgenannt.

Was nun die erwähnte l. 73. §. 1 ff. de r. i. betrifft, so heißt es dort zwar, daß man Niemanden einen Tutor bestellen könne, wie dem, der zu unsern Erben gehört oder gehören werde, welches doch offenbar bey den Exheredirten der Fall nicht ist, allein die Wirkung der Tutel ist gedoppelt, in Hinsicht auf die p. p. nemlich, und auf die Succession. Was die letzte betrifft, so benimmt die Succession sie, keinesweges aber die erste, und was die obengenannte l. 53. de v. s. anlangt, so stellt sie zwar den Satz auf, daß ohne

net: eos qui veniam aetatis a principali clementia impetraverunt, non solum alienationem, sed etiam hypothecam minime posse sine decreti interpositione rerum suarum immobilium facere, jubemus in quarum alienatione vel hypotheca, decretum illis necessarium est, qui nec dum veniam aetatis meruerunt, ut similis sit in ea parte conditio minorum omnium, sive petita sit, sive non, aetatis venia." Allein, wenn man einen nähern Blick hierauf wirft, so muß bald hervorgehen, daß diese Worte mehr für die Affirmation als für die entgegenstehende Meinung sprechen; denn eines Theils wird nur ein Fall als Ausnahme aufgestellt, und andern Theils soll nach den Worten des Gesetzes bloß *decretum magistratus* erfordert werden, wobey also der Consens des Curators gar nicht berücksichtigt wird. Einen andern Einwand nehmen Einige aus l. fin. Cod. loc. cit. her, wo verordnet wird, daß wenn Jemanden ein legatum sub conditione legitimae aetatis verlassen sey, er wegen Erlangung der Jahrgebung noch nicht befugt seyn solle, es zu verlangen. Der Einwand ist aber offenbar nichtig, denn das Gesetz kann zwar verordnen: daß Jemand unter Umständen im zwanzigsten Jahr die Rechte haben solle, die ihm eigentlich erst im fünf und zwanzigsten zustehen, es kann aber nicht bewirken, daß der Wille eines Testators deshalb geändert werde. Das französische Gesetz läßt von der Erlangung der Jahrgebung nur wenige Rechte abhängen, wenn es besagt: un mineur quoique emancipé ne peut aliener, n'y hypothequer ses immeubles, n'y même agir en justice, sans le consentiment de

son tuteur. Il n'y a seulement que les revenus de son bien, qu'il peut percevoir, et dont il peut disposer absolument, en vertu du benefice d'age qui lui est accordé.

§. 4.

Verneinend scheint wegen l. 73 ff. de r. i. und l. 53. de v. s. die Frage beantwortet werden zu müssen: ob der Vater einem enterbten Sohne Vormünder bestellen könne? In der That muß sie aber bejahet werden, und zwar hauptsächlich nach l. 4. und 31 ff. de test. tut. wo es ausdrücklich heißt: pater herede instituto filio, vel *exheredato* tutorem dare potest; — si pater exheredatae filiae tutores dederit u. s. w. Ueberdieß behält der Vater, nicht zu gedenken, daß §. 8. Inst. de tut. und l. 1 ff. de test. tut. ihm indistincte verstatten, seinen Kindern Vormünder im Testament zu bestellen, über die Enterbten nicht minder die väterliche Gewalt, und unter den Erlöschungsarten der p. p. wird nirgends die Enterbung mitgenannt.

Was nun die erwähnte l. 73. §. 1 ff. de r. i. betrifft, so heißt es dort zwar, daß man Niemanden einen Tutor bestellen könne, wie dem, der zu unsern Erben gehört oder gehören werde, welches doch offenbar bey den Exheredirten der Fall nicht ist, allein die Wirkung der Tutel ist gedoppelt, in Hinsicht auf die p. p. nemlich, und auf die Succession. Was die letzte betrifft, so benimmt die Succession sie, keinesweges aber die erste, und was die obengenannte l. 53. de v. s. anlangt, so stellt sie zwar den Satz auf, daß ohne

Erbschaft kein Vormund bestellt werden könne, dem gemäß auch dem Enterbten, da er diese nicht erhält, keiner gegeben werden kann, wie es scheint, allein der Tutor wird nicht dem Vermögen sondern der Person bestellt, und überdieß kann der exheredirte Pupill bona adventitia von seiner Mutter oder andern Cognaten empfangen haben, und wegen dieser einen Vormund bestellt erhalten. Und eben so muß der Einwand, daß der Enterbte pro mortuo gehalten werde, hier ohne Wirkung seyn, weil dies sich nur quoad successionem, nicht aber auf die p. p. versteht.

§. 5.

Was die Frage: ob durch die Ehe und die Doctorwürde die Minorennität *eo ipso* beendet werde, betrifft, so ist die Meinung derer, welche sie verneinen, als die richtigere unbezweifelt anzunehmen.

Was den ersten Punkt dieser Frage anlangt, so könnte es zwar scheinen, als ob die Ehe allerdings zu den Vorrechten der Majorennität verhülfe, weil oeconomia separata angestellt wird, der Neuverehlichte als pater familias seinem Hausstande vorsteht, und für ihn es nicht geziemend seyn würde, den Beystand eines Curators noch zu bedürfen, weshalb auch in mehreren Provincialstatuten, und nach der Argumentirung des Mevius ad Ius. Lub. l. 1. tit. 7. art. 6. n. 22. eben so im lübischen Recht verordnet ist, daß durch die Ehe die Minorennität beendet werde, wie denn auch die Hamburger Wechselordnung art. 48. und Verordnung vom 4ten September 1732 §. 1. bestimmt, daß

diejenigen, welche sich vor ihrer Großjährigkeit verheiratheten, gültige Wechsel sollten ausstellen können, welches sonst den Minorennen nach bekannten Rechten nicht verstattet ist. Allein diese Localverordnungen bey Seite gesetzt, ist als vollkommen gegründet anzunehmen, daß nach gemeinen Rechten die Ehe nicht hinreicht, zur Verwaltung der Güter und Befreyung von der Curatel eo ipso zu verhelfen, und immittelst auch nicht zur Erlangung der Majorennität,

L. 12. Cod. de administ. tut.

L. 2 ff. de minor.

denn was den oben angeführten scheinbaren Einwand betrifft, als müsse durch Anstellung der separaten Oekonomie die Majorennität acquirirt werden, so ist er nirgends begründet, und entgegenzustellen, daß um so weniger darauf Rücksicht zu nehmen sey, als die Ehe zu oft nur ex praecipitantia juvenili geschlossen wird, und es unbillig seyn würde, bloß ihrer wegen die vergünstigten beneficia juris zu verweigern.

Voet ad D. tit. de min. §. 6.

Was den zweyten Punkt der obigen Frage anlangt, so ist eben so wenig, wie schon erwähnt, anzunehmen, daß die Doctorwürde zur Erlangung der Majorennität verhelfen könne, dies um so weniger, da sie nach der richtigen Meinung vieler Rechtslehrer, als eine dignitas cum qua nulla potestas conjuncta, nicht einmal von der p. p. befreyt.

Stryk U. M. ad tit. de adopt. et emancip. §. 4.

Bach ad Treutl. p. 80.

In Rücksicht der, von dem mit dieser Würde bekleideten nachzusuchenden R. i. I. ist jedoch zu bemerken, daß sobald die Läsion durch genaue Kenntniß des Rechts hätte vermieden werden können, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erkannt werden darf, weil er propriam turpitudinem durch sein Gesuch manifestirt.

§. 6.

Ob ein *tutor illustris*, zur Anfertigung eines *inventarii* und zur Rechnungsablage verpflichtet sey? ist sehr verschiedentlich beantwortet. Diejenigen, welche es verneinen, unter welchen Cocceji in seiner jurisp. publ. cap. 29. §. 14. p. 407. und Ludewig in seiner Dissert. de different. iur. rom. et germ. in fructuum attributione, inprimis Tutelae fructuariae §. 9. die erste Stelle behaupten, gehen davon aus, daß der tutor princeps nicht an die Rücksichten gebunden sey, welche dem tutor privatus nothwendig sind, und daß er überdieß die Einkünfte des Pupillen mit zu seinem Aufwande verwenden dürfe. Richtiger aber ist die entgegenstehende Meinung, welche besonders Ringler in seinem Specim. jur. publ. de Tutelis illustrium durchführt, indem er sich auf das gemeine Justinianäische Recht stützt, nach welchem alle Tutoren sowohl zur confectio inventarii, als zur Rechnungsablage verbunden sind. Sie ist auch um so eher anzunehmen, wenn man erwägt: daß für den Nutzen des Pupillen unter allen Umständen gesorgt werden, der Betrag des Activ- und Passivzustandes seines Vermögens offen da liegen muß,

muß, Unterlassung der Anfertigung des inventarii auch den tutor illustris suspect macht, und er zur Rechnungsablage ex quasi contractu verpflichtet ist. Ueberdies ist er ferner eines Theils von den gewöhnlichen Obliegenheiten der Tutoren in keinem Gesetz ausdrücklich eximirt, und andern Theils kann der höhere Rang des Tutors nicht zum Präjudiz des Pupillen gereichen, nicht zu gedenken, daß selbst da, wo das Gesetz confectio inventarii aus speciellen Gründen erläßt, diese doch durch eine specificatio jurata supplirt werden muß.

Hellfeld jurispr. for. §. 1131.

§. 7.

Die Frage: ob man einen wesentlichen Unterschied zwischen Tutor und Curator annehmen könne, wird von einigen Juristen bejahend beantwortet. Sie gehen dabey von den Gründen aus, der Tutor werde besonders der Person, der Curator aber dem Vermögen gegeben. Der Tutor interponire auctoritatem, der Curator consensum, der Tutor werde den Pupillen auch gegen ihren Willen, nicht so nach lex quina vicennaria, der Curator den Minorennen gegeben, (welcher letztern jedoch das decretum D. Marci entgegensteht,) und endlich werde der Tutor auch testamentarisch bestellt, nicht aber der Curator. Kann man aber auch die angeführten Momente nicht läugnen, so muß doch erhellen, daß dieser Unterschied sehr unwesentlich sey, und daß in allem Wesentlichen die Curatel mit der Tutel übereinkomme. Bey Uebernahme der Tutel wird vom Tutor Eid, In-

ventarium und Satisdatio gefordert, dem Pupillen steht auf die Güter des Tutors pignus legale generale zu, und nicht minder tritt dies Alles beym Curator und Curanden ein, wenn es l. 7. §. 6. Cod. de Curat. furios. vel. prod. heißt: eadem observatione et pro iureiurando et pro inventario, et satisdatione, et hypothecarerum curatoris modis omnibus adhibenda. Man könnte einwenden wollen, daß sich diese Worte nur auf den Curator furiosi vel prodigi beziehen dürften, weil von diesem das Gesetz allein redet, allein Nov. 72. cap. fin. schreibt vor, daß jeder Curator beym Beginnen seiner Geschäfte einen Eyd ablegen solle, l. 24. Cod. de adm. verlangt von allen Curatoren ohne Ausnahme confectio inventarii, l. 4. §. 2 ff. Rem. pup. vel. adolesc. salv. fore macht allen Curatoren satisdatio zur Bedingung, und daß nicht weniger der Curand. tacitam hypothecam in bonis curatorum habe, geht, wie ohnedem bekannt, aus l. 20. Cod. de adm. tut. hervor.

Bey der Verwaltung der Curatel zeigt sich nicht minder, wie in allen Obliegenheiten, daß der Tutor mit dem Curator gleich stehe. Denn nach l. 33 ff. de adm. tut. wird von dem Tutor und Curator gleiche Sorgsamkeit gefordert, nach l. 7. Cod. arbitr. tutel. muß der Tutor eben die culpa prästiren, welche der Curator prästirt, was der Tutor bey Alienationen des Pupillen befolgen muß, hat auch nach l. 22. Cod. eod. der Curator auf sich, und in der ganzen Nov. 72. werden Tutor und Curator nach gleichen Regeln beurtheilt, wie es denn auch in l. 13. ff. de excus. heißt: in paucissimis distant tutores a Curatoribus. Der einzige

Unterschied liegt noch darin, daß die Tutel bey Uns nicht mit der Pubertät ein Ende nimmt, sondern erst nach erlangter Majorennität beendet wird, womit auch das französische Gesetz übereinkommt, wenn es sagt: la tutele dure jusqu'à l'âge de vingt cinq ans accomplis, et ainsi l'on se peut servir du seul nom de tuteur, et pour les impubères et pour les adultes.

Ist der letzte Indossatarius des Wechsels Mandatarius aller Indossanten, des Remittenten, und des Trassanten, und welche culpa muß er prästiren?

§. 1.

Man setze den Fall, A in B trassirt eine Summe auf C in D an die Ordre von E zahlbar, welche C acceptirt. Nach mehreren Indossamenten kommt der Wechsel an Z als letzten Indossatarius, welcher, da Z nicht zahlt, ihn mit Protest an den letzten Indossanten, von dem er ihn empfing, zurücksendet. Gleich nach dieser Absendung leistet C gegen Erwartung die Zahlung an Z, und verlangt den Wechsel mit dem Protest dagegen zurück, wogegen dieser zwar die bereits geschehene Absendung einwendet, doch aber die Rücksendung zu betreiben verspricht. C damit nicht zufrieden, verlangt die Summe zurück, erhält sie, und bald darauf bricht Concurs über sein Vermögen aus, worauf sich ein Streit zwischen A, dem Trassanten, und Z, dem letzten Indossatarius, erhebt, indem der Erste vom letzten die Zahlung der Summe verlangt, dieser aber sie verweigert.

§. 2.

A Trassans als Kläger, setzt den Klaggrund und den Grund seiner Forderung darin, daß Z die schon in

Händen gehabte Summe wieder zurückgegeben, und dadurch den, bey dem über C's Vermögen ausgebrochenen Concurs ihm entsprungenen Nachtheil veranlaßt habe, den er durch Zurückhaltung der Summe hätte vermeiden können. Beklagter aber dagegen opponirt, praemissa litis contestatione negativa, exceptionem non fundatae intentionis, et non competentis actionis, und trägt außer dem Petitum den Gegner in die Kosten zu verurtheilen, darauf an, ihn vollends abzuweisen.

§. 3.

Um dies zu rechtfertigen stützt sich Beklagter darauf, daß ihm keine culpa imputirt werden könne, dies um so weniger da er effluxo solutionis tempore, den Wechsel nebst dem vom Gesetz erforderten Protest, dem letzten Indossanten als seinem Auctor remittirt habe, der gewiß nicht im Stande gewesen sey, ihn dem C zu retradiren, und folglich auch nicht berechtigt gegen dessen Willen die Summe zu retiniren. Negirt also seine Verbindlichkeit zur Indemnisationspräſtirung außer den bemerkten Gründen noch aus dem, daß nach bekannten Rechten Niemand einem Andern verbindlich werden könne, nisi praecedente facto obligatorio, vel ex lege vel ex conventione, vel ex delicto, vel quasi tali, nichts von allem dem aber hier Statt finde.

§. 4.

Kläger dagegen, um seine Intention als rechtlich begründet darzustellen, führt an, daß im Wechsel-

geschäft der Präsentant als Mandatarius sowohl des Remittenten als ersten Hauptgläubigers, als aller Indossanten qui causam ab illo habent, als auch des Trassanten selbst betrachtet werden müsse, denn der Remittent wird, indem Trassans die Zahlung durch einen Dritten verspricht, und jenem mandatum sie einzufordern giebt, dessen Mandatarius, und da der Remittent wieder dem Präsentanten das mandatum giebt, so ist auch dieser, wenn gleich per indirectum mandatarius des Trassanten. Der Remittent ob er gleich Herr des Wechsels ist, und pro arbitrio darüber disponiren kann, ist inzwischen im Betreff des Trassanten, und des gegen diesen eventualiter zu nehmenden Regresses, wenn Trassant den Wechsel nicht acceptirt oder nicht bezahlt haben sollte, zur genauesten Sorgfalt verbunden, und um so eher als contractus cambialis, correspectivus ist, und nichts zu begehen und unterlassen ist, woraus dem Andern Nachtheil erwachsen könnte. Dieser Regreß gegen den Trassanten steht nicht bloß dem Remittenten und allen Indossanten, sondern auch dem letzten Indossatarius zu, worüber die Hamburgische revidirte und verbesserte Wechselordnung von 1711. art. 52., im Wesentlichen mit der Leipziger W. O. §. 19., und der Frankfurter W. O. §. 28. 29 und 31, so wie mit Mehreren übereinstimmend besagt: „wenn ein selbst ausgegebener oder acceptirter Wechselbrief zu rechter Verfallzeit nicht bezahlt wird, so steht dem Inhaber des Wechsels frey, nach gehöriger Protestirung, seinen Regreß an denjenigen Indossanten zu nehmen, bey welchem er vermeint, seine prompteste Zahlung zu er-

langen, und wenn Mehrere derselben sind, folglich an Andere bis auf den Ausgeber, und bleiben Ausgeber, Acceptant und Indossanten Alle und Jede in solidum bis zur völligen Richtigkeit verhaftet;" und art. 34. heißt es weiter: „gleicherweise wenn der Zieher, Acceptant und Indossant insgesammt, oder Einer von ihnen falliren sollte, so hat der Inhaber, wenn gebührend protestirt worden, seine Bezahlung bey Wem der Uebrigen er will, zu suchen." — Dies beweis't das Daseyn des Mandats offenbar, welches vom Trassant ausgeht, und sich auf alle beym Wechselgeschäft vorkommende Personen, bis auf den letzten Indossator erstreckt, denn aus welchen Rechtsgründen sollte dem Remittenten und allen Indossanten gegen den Trassans der Regreß offen stehen, wenn nicht der Mandatscontract zum Grunde läge, und immittelst actio mandati contraria ihnen offen stände? Steht hiernach fest, daß der Remittent und alle Uebrigen Mandatarien des Trassanten sind, so folgt auch, daß alle diese Personen exactissimam diligentiam anwenden müssen, die Zahlung der Tratte vom Acceptanten zu empfangen, und wenn Einem derselben culpa imputirt werden kann, sey sie committendo oder omittendo begangen, so muß auch dieser den daraus entspringenden Nachtheil tragen.

§. 5.

Nach diesen rechtsbegründeten Grundsätzen muß sich die Entscheidung der beregten Streitfrage auch ergeben. C als Acceptant hatte die nach dem Wechsel

zu zahlende Summe dem Präsentanten nachmals gezahlt, und sich so seiner Verbindlichkeit entledigt. Der Präsentant dagegen war verpflichtet den Wechsel mit dem Protest ungesäumt zu retradiren, und wenn die bereits erfolgte Absendung dies gleich verhinderte, so genügte es die Rückgabe zu versprechen, und eventualiter darüber Caution zu bestellen, nach deren Prästirung bey nachmals erfolgtem Fallissement des Acceptanten, die Summe dem Trassanten geblieben seyn würde, dagegen sie nun der unüberlegten Zurückgabe wegen, für ihn verloren ging, woraus erhellt, daß Z allerdings in culpa versirte und zur Zahlung verbunden seyn muß. Analogisch ist im Betreff des Obigen auch die Hamb. W. O. (mit der hierbey die Chur- und Mark-Brandenburgische W. O. art. 29., die Magdeburgsche W. O. §. 25., und die Leipziger W. O. §. 33. übereinstimmen,) Art. 42. anzuwenden, wenn es dort heißt: „Wenn ein acceptirter Wechselbrief verloren wird, und der Acceptant der Schuld geständig und erwiesen ist, bleibt gegen denselben das Wechselrecht in allen Würden, und ist er schuldig den Betrag des Wechsels zu bezahlen, jedoch gegen eine suffisante Caution, daß der Präsentant dem Acceptanten in einer benahmten Frist, eine zu Recht beständige Mortification von dem Trahenten und Indossanten zu verschaffen und einzuliefern, auch sonst wegen des verlorenen Wechsels ihn kost- und schadlos zu halten schuldig seyn wolle.“ Ist hiernach der Acceptant verbunden dem Präsentanten den Werth des Wechsels zu zahlen, wenn gleich dieser ihn nicht detinirt, sofern er nur Caution de mortificatione procuranda prästirt, so muß auch folgen,

daß im gegebenen Fall C nicht befugt gewesen wäre, die Summe zurückzufordern, wenn Z solche Caution verheißen und geleistet hätte, deren Unterlassung ihn nun in culpa constituirt.

§. 6.

Was den in §. 3. aufgestellten Einwand, es lasse sich keine Verbindlichkeit denken, nisi praecedente facto obligatorio, vel ex lege, vel ex conventione, vel ex delicto vel quasi tali, — nichts von alle dem aber trete hier ein, so ist nicht weniger dieser letzte gegründet zu rejiciren, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, und aus dem Gesagten schon zum Theil erhellt.

Die Rechtslehrer weichen sehr in ihren Meinungen ab, ob und mit welchen Contracten des römischen Rechtes, der contractus cambialis vollends, oder am Nächsten übereinkomme. Einige glauben, daß er einen ganz eigen für sich bestehenden Contract bildet, der um so weniger mit Contracten des römischen Rechtes zusammengestellt und verglichen werden könne, als die Römer dies Geschäft gar nicht kannten. Andere widersprechen, und nehmen an, daß E. V., L. C., mandatum, contractus innominatus do ut des, und do ut facias, hier wechselsweise occurriren,

Heineccii elem. jur. camb. c. 3. §. 3 sqq.

Frankii inst. jur. camb. L. I. sect. I. tit. 4.

Beck's Wechselrecht c. 2. §. 2.

Knorr de vera natura ac indole contr. cambialis in camb. trassatis §. 3. sqq.

wogegen Titius de putativo contr. litt. darthut, daß die Grundsätze der E. V., Carpzov de camb. th. 8., daß die Grundsätze der L. C., Menken theor. et prax. pandect. l. 21. tit. 6. §. 1., daß die Principe beym contr. innom. do ut des, und do ut facias hier überall nicht zu berücksichtigen sind. Am richtigsten aber ist es anzunehmen, daß das Mandatum hauptsächlich und im Wesentlichen beym Wechselgeschäft zum Grunde liegt, und daß der letzte Indossatarius Mandator aller vorhergehenden Indossanten der Remittenten und selbst der Trassanten sey. Das Mandatum ist contractus consensualis de negotio alterius (gratis) expediendo. Wird bloß utilitas mandantis bezweckt, so ist es mandatum in rem alienam, wird der Nutzen des mandatarii mit bezweckt, so ist es mandatum in rem propriam, des mandati qualificati hier nicht zu gedenken.

L. 22. §. 2 et 4 ff. m. v. c.

L. 33. §. 5. et l. 34 ff. de proc.

§. 2 sqq. Inst. de mandat.

Dies hier erwogen ergiebt sich das Resultat von selbst, denn der Trassans trägt dem Remittenten auf, die im Wechsel angedeutete Summe vom Trassaten einzufordern, der Remittent trägt dies wieder dem Präsentanten, dem Indossatar auf, und wenn mehrere Indossanten folgen, so trägt ein Jeder derselben dem folgenden Indossatar auf, mithin ist der letzte Indossatarius Mandatar aller Uebrigen, und wie schon oben ange-

nommen, erhellt, daß hier hauptsächlich und wesentlich das Mandat zum Grunde liegt.

Huber praelect. ad π. l. 17. tit. 1. §. 12.

Stypmann jus marit. p. 4. c. 8. no. 27 sqq.

§. 7.

Stryk in seiner Diss. de accept. litt. camb. c. 4. p. 40 und 41. widerspricht dem, und führt als Grund an, daß beym Mandat, der Mandatarius dem Mandans keinesweges ad aliquid suo nomine tanquam debitor exsolvendum verpflichtet werde, sondern ihm nur obliege, negotia a mandante commissa mit gehöriger Achtsamkeit zu vollführen, und wenn er seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, den daraus erwachsenen Nachtheil zu tragen. Er bemerkt ferner, daß das Mandat mort. contrahentium extinguirt werde und regulariter nicht auf die Erben übergehe, welches Alles beym Wechsel anders ist, wo nicht bloß vom Anfang an der Remittent verbunden ist, dem Trassanten die valuta zu prästiren, sondern auch dieser wie seine Erben dem Remittenten wieder verbindlich ist. Ueberdies wendet er ein, könne das Wechselgeschäft nicht ohne einen Wechsel, also nicht ohne scriptura bestehen, welches beym Mandatum als Consensualcontract nicht der Fall ist, so wie auch ex cambio von beyden Seiten actio directa angestellt wird, beym Mandatum aber actio directa und contraria Statt findet.

§. 8.

So gegründet aber die angeführten Momente an sich seyn mögen, so wird doch inzwischen fürs erste Rie-

mand zweifeln, daß wenn Jemandem nuda assignatio sub specie cambii gegeben sey, das ganze Geschäft nach den Regeln des Mandats zu beurtheilen seyn wird, so daß weder scriptura *ad essentiam*, noch vorgängige Zahlung der Summe von Remittenten erfordert werden, und dem Trassans gegen den Remittenten actio directa, so wie diesem gegen den Trassanten actio contraria offen stehen werde. Was die andere Gattung des Wechsels anlangt, wo der Remittent und Indossatarius Herr des Wechsels wird, so ist dies ein mandatum in rem propriam, weil beyde den vom resp. Trassanten und Indossanten übernommenen Auftrag, die Summe vom Trassanten einzufordern, zu ihrem eigenen Nutzen übernommen haben.

Mehr Gewicht möchte der Zweifel haben, daß die aus Contracten entspringende Klage, nur zwischen den Contrahenten und deren Erben Statt findet, doch aber dem Trassans gegen den Indossatar, und umgekehrt, eine Klage zusteht, wiewohl sie nicht contrahirt haben, auch nicht als Erben des Auctors hier vorkommen. Auch hiergegen lassen sich gegründete Einwendungen aufstellen. Der Wechsel ist entweder mit der Clausel „an A oder dessen Ordre" versehen, oder nicht. Im ersten Fall hat Trassans dem Remittenten facultatem indossandi wie von selbst erhellt gegeben, und im andern Fall ist sie eo ipso nicht ausgeschlossen,

Ludovici Einleitung zum Wechselproceß, c. 4. §. 23.

Leyseri sp. 202. med. ult.

denn der Remittent, welcher den Wechsel titulo dominii translativo besitzt, ist wie erwähnt mandatarius in rem suam, dem durch das Gesetz facultas substituendi vergönnt ist.

C. 1. de proc. in 6to.

L. 33. Cod. de donat.

Wer aber mit dem Mandatarius Jemandes als solchem contrahirt, contrahirt eigentlicher mit dem Mandans, den Jener nur repräsentirt, und diesem stehen gegen den andern Contrahenten alle Klagen zu, die aus dem Contract, welcher der Mandatar als solcher abschloß, entspringen.

Lauterbach de procur. subst. c. 5. §. 2 et 9.

Mevius p. 2. dec. 98.

Hert. de oblig. mandant. et mandat. contempt. tertii. §. 4 et 5.

Dem zufolge ergiebt sich, daß, da der Remittens Mandatarius des Trassanten ist, und alle folgenden Indossanten nicht minder Mandatarii desselben sind, und als solche mit dem letzten Indossatarius contrahiren, auch dem Trassanten gegen diesen die actio mandati directa offen stehen muß.

§. 9.

Nach Vorschrift des Gesetzes aber muß der Mandatarius exactam diligentiam anwenden,

L. 13. Cod. m. v. c.

und wenn das Geschäft von der Art ist, daß es an sich eine ganz besondere Sorgsamkeit erfordert, culpam levissimam prästiren,

Just. Henn. Böhmer de act. sect. 2. c. 8. §. 129.

Ejusd. diss. de caus. ard. et majorib. c. 2. §. 21.

zu welchen doch ganz offenbar das Wechselgeschäft gehört, da es besonders in Handlungsstädten vom wichtigsten Einfluß und der größten Bedeutung ist, weshalb auch das Hamburgische Recht

Stat. Hamb. p. 2. tit. 9. art. 4.

„den möglichsten Fleiß" dabey angewendet wissen will. Diesen aber hat im beregten Fall Z als beklagter letzter Indossatarius so wenig angewandt, als einen mittelmäßigen, weshalb er in jeder Hinsicht dem klagenden Trassans nach dem Recht verhaftet bleiben muß. Der allgemeine hieraus hervorgehende Schluß, erhellt nach dem Angeführten von selbst. —

Ist der Acceptant des Wechsels verbunden zu haften, wenn nach geschehener Acceptation, die im Wechsel ausgedrückte Summe, betrügerisch höher gesetzt wird?

---

§. 1.

Zu der Erörterung dieser Frage, die sich so leicht beantworten zu lassen scheint, und doch so manches Bedenken verursacht, veranlaßt mich der bekannte zwischen den Herren Tourton und Ravel benebst dem Herrn Galet de Santerre, Banquiers in Paris, gegen mehrere dortige Handlungshäuser geführte Proceß, der sich mit obiger Frage beschäftigt, und dessen Verhandlungen bis auf die erste Sentenz, in Paris gedruckt sind. Das condemnatorische Urtheil, welches in dieser Sache gefällt ist, besteht jedoch, wie es mir scheint, weder mit den Regeln der Billigkeit noch mit denen der Gerechtigkeit.

§. 2.

Das Factum selbst ist das Folgende wie aus den gedruckten Schriften beyder Theile hervorgeht.

Das Haus Simon, Bellancy und Compagnie, unter den Handlungshäusern wenig bekannt, machte den Banquiers Tourton und Ravel den Vorschlag, ihm ihren Credit zu bewilligen, um auf sie

ziehen zu lassen, und erbot sich, um sie wegen ihrer Acceptcn zu decken, Actien der Discontokasse jede zu 7000 Livres bey ihnen niederzulegen, welche in einem beträchtlich höheren Cours standen. Sobald sie diese Actien in Händen haben würden, sollten sie ihre Acceptcn ertheilen, dagegen Simon, Bellancy und Compagnie, sie acht Tage vor der Verfallzeit mit den nöthigen Geldern versehen würden, um den Belauf der Tratten zu bezahlen, und kämen sie dieser Verbindlichkeit nicht nach, so sollten die genannten Banquiers befugt seyn, die zur Sicherheit in Händen habenden gedachten Effecten zu verkaufen.

Die Herren Tourton und Ravel, welche zwar das Handlungshaus welches mit ihnen in Verbindung treten wollte, nicht kannten, doch aber durch Deponirung jener Papiere sich vollkommen gesichert sahen, nehmen keinen Anstand diesen Vorschlag zu agreiren, der auch alsobald ins Werk gesetzt wurde, indem nach und nach mehrere hundert Tratten, die Summe von 1,407,200 Livres betragend, ihnen präsentirt wurden, die sie auch sämmtlich acceptirten, da bey jeder dieser Operationen das Haus Simon, Bellancy und Compagnie, Actien der Discontokasse, die eben so viel und mehr als ihre Acceptcn betrugen, bey ihnen niederlegten, und nachmals, wenn es den effectiven Betrag eingesandt hatte, dieselben zurücknahm. Sie hatten also Ursache sich vollkommen gedeckt zu glauben.

Die erste Verfallzeit der Tratten, welche J. Bechade und Compagnie, auf die für Rechnung des genannten Hauses gemacht hatte, rückte heran, als mehrere Pariser Handlungshäuser, erstaunt, ein Haus, wie

wie das der Herren Tourton und Ravel in Connexion mit Kaufleuten, die wenig oder gar nicht und zum Theil nur von einer üblen Seite bekannt waren, zu sehen, als Inhaber mehrerer mit dem Accept dieser Herren versehenen Wechselbriefe, die in Umlauf gekommen waren, sich zu ihnen begaben, anfragten, ob dies in der That ihre Unterschrift wäre, und wiederholt, zuletzt mit Ungedult die Antwort erhielten, daß es freylich ihre Acceptation wäre, und daß zur Verfallzeit die Wechsel schon bezahlt werden sollten. Die Inhaber der Wechsel fanden sich nun um so mehr beruhigt, als die genannten Banquiers zu den Häusern des ersten Ranges gehörten, und dafür bekannt waren, ihre Verbindungen auf das regelmäßigste zu zahlen. Gleich darauf aber begab sich der Banquier Herr Galet de Santerre, mit dem Bellancy und Compagnie eine ähnliche Operation gemacht hatten, zu Tourton und Ravel, benachrichtigte sie, daß fast alle von ihm mit dem Accept versehene Wechsel verfälscht oder erhöht worden wären, und rieth ihnen, so wie er es gemacht hatte, alle zu protestiren, und den Betrag dessen, was sie eigentlich zu zahlen hätten, mit einer Anzeige davon judicialiter zu deponiren. Der Erfolg zeigte, daß die allerfeinste Betrügerey auch hier Statt gefunden hatte, denn die eigentlichen Verbindungen, in denen Tourton und Ravel mit Bellancy und Compagnie standen, betrugen 1,407,200 Livres, statt daß jetzt die Summe sämmtlicher ihnen präsentirter Wechsel 2,400,000 Livres, mithin über eine Million Livres mehr betrug. Die Verfälschung der Wechsel selbst, durch eine strafbare Hand, war

völlig unmerklich mit vieler Schlauheit geschehen, indem man das Wort cent, welches am Ende der Zeilen stand abgeschnitten, und statt dessen am Anfange der andern Zeile das Wort mille angebracht hatte, wie aus den Abschriften hierbey erhellt. Offenbar waren die Wechsel gleich Anfangs hierzu eingerichtet.

Unverfälschter Wechsel.

Lyon etc.

A trois usances il Vous plaira payer pour cette Première de Change à l'ordre de Monsieur Albin Quatre Cent Livres Tournois en Espèce. Valeur reçue comptant que Vous passerez suivant l'avis

Messieurs etc. etc. de Bechade.

Durch Abschneidung der Worte Première Cent und comptant, und Uebertragung auf die andere Reihe verfälschter Wechsel.

Lyon etc.

A trois usances il Vous plaira payer pour cette Première de Change à l'ordre de Monsieur Albin Quatre Mille Livres Tournois en Espèce. Valeur reçue comptant que Vous passerez suivant l'avis de

Messieurs etc. etc. Bechade.

Die Herren Tourton und Ravel zauderten nicht den Entschluß zu fassen, den Galet de Santerre

schon früher genommen hatte, machten eine Anzeig beym Gericht, deponirten die Summe von 1,407,200 Livres und protestirten sodann aus leicht zu errathenden Gründen, alle ihnen vorgelegte Wechsel, die diesen Stempel der Verfälschung an sich trugen. Die Inhaber sämmtlicher Wechselbriefe vereinigten sich eine Klage gegen sie einzureichen, und sowohl Tourton und Ravel wie Galet de Santerre wurden verurtheilt, den ganzen Betrag nebst Zinsen und Kosten zu bezahlen, im Uebrigen indeß ihnen der Regreß gegen die Verfälscher, sobald sie ausgemittelt seyn würden, offen gelassen. Ich habe diese Sentenz schon oben ungerecht genannt, und werde mich bemühen die Gründe zu entwickeln, weil auch abgesehen von diesem Fall die Beantwortung der oben aufgestellten Frage daraus hervorgehen wird, und soviel ich weiß, diese nirgends erörtert ist.

§. 3.

Die nicht angegebenen Gründe der Sentenz, können, wie ich glaube, nur in dem Folgenden enthalten seyn.

1) Das Wechselgeschäft ist für die Handlung ein Communicationsmittel, welches sie so sehr erleichtert, ihr so viel Schwierigkeiten erspart, und vermittelst eines so kurzen Weges den Unbequemlichkeiten von aller Art abhilft, die aus der Fortschaffung des Geldes von einem Ort zum andern entstehen würden, daß es die Pflicht des Gesetzgebers und Richters ist dafür zu sorgen, daß diesem Communicationsmittel kein Hinderniß in den Weg gelegt werde. Der Wechselproceß

ist aus diesem Grunde zum summarischen gemacht, und wird mehr noch beschleunigt, als wenn auf den Grund anderer guarentigiirter Instrumente geklagt wird.

2) Die bey diesem Geschäft occurirenden Personen selbst, müssen ihre Obliegenheiten auf das schleunigste und pünktlichste erfüllen. Das höchste Vertrauen desjenigen, der darein willigt, sein Geld für ein Stück Papier hinzugeben, muß von der höchsten Treue desjenigen, welcher sich verbindlich gemacht hat, sein Stück Papier für Geld wieder zu nehmen, so zu sagen, übertroffen werden können, es muß kein Zweifel, kein Verdacht, keine Besorgniß, in Ansehung des Werths der Urkunde entstehen, die in der Handlung im Umlaufe ist, man muß so weit gehen, daß man sie dem baaren Gelde, welches sie vorstellt, noch vorzieht, und der Name des Acceptanten muß wie das Bildniß des Fürsten auf der Münze hinreichen, sie in Umlauf zu setzen. Denn wenn derjenige, welcher sich bequemte, einen Wechsel statt des Geldes, welches er ausgiebt, um ihn zu bekommen, anzunehmen, bey dem Empfange desselben einige Gefahr liefe, wenn die Wiederbezahlung der Summe, die er ausgezahlt hat, den geringsten Verzug litte, wenn er Streitigkeiten befürchten müsse, wenn er nicht versichert wäre, daß dieser Wechsel, dessen Inhaber er ist, sobald er sich zur Verfallzeit meldet, bezahlt werden würde, wie könnte man verlangen, daß er sich der Gefahr aussetzen sollte, sein baares Geld, dessen Besitz für ihn nicht zweydeutig ist, gegen einen Werth, der ihm ungewiß seyn würde, zu vertauschen? Das Vertrauen würde verschwinden, und die Hand-

lung, die sich nur durch Vertrauen erhält, würde vernichtet werden.

Es steht hiernach fest, daß das Gesetz den Inhaber auf alle mögliche Weise beschützen muß, und daß der Acceptant verbunden ist, in der Erfüllung seiner Obliegenheiten mit der allerhöchsten Pünktlichkeit zu verfahren.

3) Im beregten Falle haben die Acceptanten darin gefehlt, wie ihnen vorgeworfen wird, daß sie sich mit Leuten eingelassen haben, die unter den übrigen Handlungshäusern zum Theil gar nicht bekannt waren, zum Theil im übelsten Lichte standen. Daß dies letzte wirklich der Fall war, erhellt daraus, daß die Inhaber der Wechsel, ehe sie dieselben an sich handelten, erstaunt, den Nahmen geachteter Kaufleute neben dem von Leuten zu finden, deren Hülfsquellen schlechterdings unbekannt waren, sich zuvor an die Acceptanten mit der Anfrage wandten, ob dies auch wirklich ihre Unterschrift sey? Hierauf stützt der Anwald der Wechselinhaber sein hauptsächliches Argument, indem er bemerkt, daß dem Simon die Administration seines Vermögens genommen sey, daß Bellancy vier Fallissemens überlebt habe, Bechade nur in den Gefängnissen bekannt gewesen sey, und daß die Herren Tourton und Ravel bey den mindesten Erkundigungen, die sie eingezogen haben würden, die Bestätigung aller dieser facta vernommen, und alsdann Bedenken gefunden haben würden, sich mit Leuten dieses Gelichters einzulassen.

4) Er fügt hinzu, daß die Acceptanten, um einer jeden Betrügerey vorzubeugen, die simple Vorsichts-

maßregeln hätten gebrauchen können, am Anfang und am Ende jeder Zeile kleine Striche zu machen,

5) daß sie um noch gewisser zu gehen bey ihrem Accept die Worte „für die Summe von N N hätten setzen können,

6) daß endlich die ungeheure Menge von zwey hundert und funfzig Tratten auf lauter kleine Summen, die alle so gestellt waren, daß das Wort Cent in Mille verändert werden konnte, ihre Aufmerksamkeit hätte reizen, und ihnen den Verdacht beybringen sollen, daß hier ein betrügerischer Anschlag zum Grunde liege. Aus der Unterlassung des Obigen, und der Nichtbeachtung des Letzten folgert er, daß sie in culpa wären, und begründet ihre Verbindlichkeit hierauf, indem er sich insonders in Beziehung auf das Letzte noch auf den Ausspruch des Pothier stützt, daß man allemal zur Entschädigung verbunden ist, so oft man Anlaß zur Verfälschung giebt.

Traité du Contrat, de Change, part. prem. chap. 4. n. 99.

Diese Gründe können auch nur die Sentenz, so wie sie erfolgte veranlaßt haben.

§. 4.

Sie müßte aber dem Rechte nach entgegengesetzt gelautet haben, und die Rechtmäßigkeit der verneinenden Beantwortung der in rubro aufgestellten Frage, so im Allgemeinen, so in diesem besondern Fall muß, wie ich glaube, aus dem Folgenden hervorleuchten.

Es ist ad 1) zwar allerdings nicht zu läugnen,

daß bey einem jeden Wechselproceß um so eher das strengste gesetzliche Verfahren eintreten muß, als wie oben gezeigt die Sicherheit der Handlung, und das Vertrauen in der handelnden Welt, die Basis derselben, im entgegengesetzten Falle leiden würde. Das Gesetz aber hat bey allen strengen Bestimmungen immer nur den Acceptanten vor Augen gehabt, der seiner übernommenen Verbindlichkeiten nicht nachlebt, und gegen diesen gebietet es aus völlig zureichenden Gründen executivisch zu verfahren, ohne eine dilatorische Einrede anzunehmen. Weiter kann es unmöglich, und nach der Natur der Sache nicht gehen. Mag man den Wechselcontract nun als mandatum, als E. V., L. C., oder als contractus innominatus do ut des u. s. w. annehmen, oder statuiren, daß er ein eignes Geschäft bilde, bey dem alle diese genannten Contracte vorkommen,

Knorr de vera natura ac indole contr. camb. in camb. trassatis §. 3. sqq.

so muß man immer einräumen, daß der Consens nicht fehlen dürfe, und alles, was diesen impedirt, dirimirt auch den Contract, wenn gleich die Einrede der Belistigung als dilatorische, zur nachmaligen Ausführung ad separatum verwiesen wird,

Claproths Einleitung in sämmtl. summarische Processe. Abschn. 2. Hauptst. 3. §. 69.

welches das französische Gesetz ausgedehnter annimmt.

Pothier du contrat. de Change, prem. part. ch. 4. n. 120.

Es ist auch ad 2) zwar eben so unläugbar, daß alle bey diesem Geschäft verbindlich gemachte occurirende

Personen ihre Obliegenheiten auf das strengste erfüllen müssen, dem gewiß der Acceptant sobald er den Accept gegeben hat, ohne alles Weitere den Werth zur bestimmten Zeit zahlen muß, allein wie in die Augen springt, ist er auch nur zu dem verpflichtet, wozu er sich anheischig machte. Das Accept, welches der Kaufmann unter einen auf ihn gezogenen Wechsel setzt, ist eine Verbindung, die er mit dem Trassanten und allen denjenigen, an welche die Tratte kommen wird, eingeht, die darin benannte Summe zu bezahlen. Allein es ist augenscheinlich, daß er sich zu keiner größern Summe anheischig macht, als der Werth der Tratte, zu der Zeit, da er sein Accept darunter schreibt, beträgt, denn das Accept bezieht sich auf die Summe, welche er in der Tratte benannt findet. Es wäre unbillig und unvernünftig seiner Verbindlichkeit eine weitere Ausdehnung zu geben, und wenn der Werth der Tratte, seit sie mit dem Accept versehen ward, verändert oder vermehrt worden, so darf der Acceptant nicht dafür haften, und seine Verbindlichkeit ist deshalb nicht vermehrt. Sofern er sich bereit zeigt den ursprünglichen Betrag zu zahlen, erbietet er sich zu dem, was er schuldig ist, und wenn die Tratte vermittelst einer Indossirung an einen Andern übertragen worden ist, so kann der Einhaber, in dessen Händen sie sich befindet, sich an Niemand Anders als an den Indossanten halten.

Dies erhellt um so mehr wenn man bedenkt, daß wenn Treue und Glauben, wenn die Sicherheit der Handlung, wenn die ersten Begriffe des Rechts gebieten, daß derjenige, welcher einen Wechsel acceptirt hat, ihn demjenigen, welcher der Inhaber ist, bezahle: auf

der andern Seite auch dieselben Grundsätze der Treue, der Gerechtigkeit, und des Handlungsinteresses erfordern, daß dieser Acceptant nicht verbunden werden könne, etwas anders zu bezahlen als das, was er, indem er acceptirte, zu zahlen versprochen hat, und es ist non Sens anzunehmen, daß er, indem er sein Accept unter die Tratte setzt, sich gegen das Publikum verbindlich gemacht haben sollte, daß entweder diese Tratte nicht wieder verfälscht, verändert, und erhöht werden, oder daß er in dem Falle, wenn dergleichen damit vorgenommen wurde, den erdichteten Werth bezahlen wolle.

Es ist jedoch nicht zu läugnen, daß provisorisch gegen ihn zu sprechen ist. Sein Accept ist da, er kann die Unterschrift nicht diffitiren, und die Einrede des vorhandenen Falsi ist eine exceptio altioris indaginis, die unmöglich in continenti liquid seyn kann. Ist sie aber, nach der Natur des Wechselprocesses, nicht bey ihrem Vorbringen zu berücksichtigen, so muß nachmals dennoch der Beweis verstattet werden,

Anlage Z zur Leipziger W. O.

Braunschweiger W. O. art. 38.

Frankfurter W. O. §. 35.

Bremische W. O. art. 59.

und dieser kann theils arte peritis, theils durch die empfangenen Avisbriefe, und sein paraphirtes Handelsbuch, worinn er die Verfallzeit der Wechsel anzeichnet, geführt werden. Dieses Alles, verbunden mit dem im Copirbuche enthaltenen Antworten (wenn gleich dieses nicht beweisen doch aber eine Präsumtion abge-

ben kann) und mit dem notorisch guten Rufe des Acceptanten muß auch soweit es noch nöthig seyn sollte, hinreichen auf das purgatorium zu erkennen, oder nach Umständen auf das suppletorium.

Was ferner ad 3) die aufgestellte Hypothese betrifft, es müsse der Acceptant, ehe er sein Accept unter die Tratte setzt, erst die genauesten Erkundigungen nach der Rechtlichkeit, dem Charakter und den Verhältnissen des Trassanten anstellen, so ist sie in der That mit nichts begründet. Als Kaufmann wird den Acceptanten schon seine eigne Sicherheit belehren, daß er nicht auf das Gerathewohl einen auf ihn gezogenen Wechsel annimmt, und wenn er diese nicht gefährdet sieht, wie kann man ihn zu Proceduren zwingen wollen, die Zeit raubend und beschwerlich und von keinem einzigen Gesetze vorgeschrieben sind? Wie kann man überhaupt, so weit sein eignes Interesse es ihm nicht nothwendig macht, von ihm verlangen, daß er in das Detail der Verhältnisse, vielleicht der vielen Hunderte, mit denen er in Verbindungen steht, eingehe?

Die Vorsichtigkeitsmaßregeln, welche man, noch weiter gehend, von ihm verlangt, können ad 4 und 5) eben so wenig Resultat einer obligatio perfecta seyn, schon darum nicht, weil sie nirgends im Wechselrecht vorgeschrieben sind. Ja wozu sollten sie überall dienen, wenn es auf eine Betrügerey einmal abgesehn ist? Die Habsucht ist schlau. Sie läßt kein Mittel unversucht, und in keiner Kunst giebt es mehr Virtuosen, wie in der freyen Kunst des Betruges. Die vielfältigen Untersuchungsacten gegen Verfälscher der Bankozeddel und öffentlicher Papiere haben gezeigt, daß unter

den geübten Fingern der Betrüger eine jede, selbst die Druckschwärze aus dem Papier zu bringen, und mithin eine andere zu suppliren ist, welches beydes unmerklich geschehen kann.

Kleins Annalen 6ter Band p. 73. (in Sachen Aschenbrenner.)

Wie nun, wenn gar die Unterschrift des Acceptanten falsch und nachgemacht wäre, würde man alsdann den Einhabern wohl gestatten können, sich auf die Handlungstreue zu berufen, zu sagen, daß sie diese Verfälschung ja nicht verursacht und die Tratte nur auf Unterzeichnung eines bekannten Hauses übernommen hätten, und daß dies Haus auch sie bezahlen müsse, und lediglich seinen Regreß gehörigen Ortes zu nehmen habe? Sie würden es sich auch nicht einmal einfallen lassen, diese Schwierigkeiten zu machen, sie würden gegen den Indossanten und Trassanten klagen, und die Urheber der Verfälschung zu entdecken suchen. Was liegt nun wohl daran, ob die Unterschrift des Acceptanten oder ob der Ausdruck des Werthes verfälscht ist? Ist das Falsum weniger ein Falsum, ist es in dem einen Falle verbindender als in dem andern? In dem Fall einer Verfälschung, welche die Unterschrift des Accepts beträfe, wäre der Acceptant zu nichts verpflichtet, da er keine Art der Verbindlichkeit eingegangen ist. Aus demselben Grunde kann er aber auch im Fall einer Verfälschung, welche den Ausdruck des Werthes betrifft, für welchen das Accept unterschrieben worden ist, diesen veränderten, erhöhten, verfälschten und vermehrten Werth nicht schuldig seyn. Der ursprüngliche Werth, den Werth, den die Tratte zu der Zeit hatte,

da er sein Accept darunter setzte, ist Alles, wozu er verbunden ist, und hierauf schränkt sich seine ganze Obliegenheit ein.

Eben so grundlos ist es ad 6) daß die Menge der kleinen Tratten auf Summen, welche so combinirt waren, daß aus dem Wort cent das Wort mille durch Uebertragung gemacht werden konnte, vermögend seyn sollte, den Acceptanten auf den Gedanken zu bringen, daß hier dolus zum Grunde liege, und noch ungegründeter ist es, daraus, daß dieser Gedanke nicht in ihm erwachte, folgern zu wollen, daß er in culpa ist, und darauf seine Pflicht zur Indemnisationsprästirung zu begründen. Ist es etwa ungewöhnlich, Wechsel auf die Summe von 400 und 900 lautend im Umlauf zu sehn? Und wenn das Vertrauen des Kaufmanns, erst so vollkommen aus seiner Brust gewichen ist, wenn er bey jedem Wechsel, der ihm präsentirt wird, erst die ganze Reihe der Möglichkeiten vor seinem Auge soll vorbeygehen lassen, wie dieser Wechsel könne verfälscht werden, — wie würde er sich jemals entschließen können, einen Wechsel auch aus den sichersten Händen anzunehmen? Pothier sagt freylich

a. a. O. part. prem. ch. 4. n. 99.

daß man allemal zur Entschädigung verbunden sey, so oft man Anlaß zur Verfälschung giebt. Aber ist dieser Ausspruch hier anwendbar? Gewiß nicht! Wenn der Acceptant einen Wechsel unterzeichnet, worin die Summe nur mit Zahlen ausgedrückt ist, wenn er eine gewöhnliche Vorsichtsmaßregel verabsäumt, so mag

man denn statuiren, daß er ex delicto vel quasi gehalten werde, aber kann man dieses da statuiren, wo Alles, was man, als ihm zur Last fallend, andichtet, nur darin besteht, daß er nicht Prüfungen anstellte, die fast über die Einsichten eines rechtlichen Mannes gehen, die nur da nothwendig sind, wo man mit einer Rotte von Betrügern zu thun hat, die als solche notorisch bekannt sind?

Alle diese Gründe müssen hinreichen, den Acceptanten zu befreyen, und der einzige unter allen mir bekannten älteren und neueren Schriftstellern, der diesen Fall berührt,

Sacchio tract. de commerc. et camb. §. 2. glossa 2. quaest. 15. n. 395.

beantwortet sie eben so.

Es ist allerdings wahr, daß es hart für die Inhaber der verfälschten Wechsel ist, ohne ihre Schuld einen Verlust zu leiden, aber ist es nicht eben so hart, ist es nicht noch härter für den Acceptanten, allein zu haften, wenn unter die Uebrigen die Summe des Schadens distribuirt ist, und ist er nicht eben so schuldlos wie sie? Diese Betrachtung als Sache des Gefühls, kann freylich keinen rechtlichen Entscheidungsgrund darbieten, allein es kömmt darauf an, zu untersuchen, wem eine größere Fahrlosigkeit zu imputiren ist, und hier fällt das Uebergewicht offenbar auf die Seite der Inhaber. Sie haben es sich vorzuwerfen, daß sie die nöthige Aufmerksamkeit nicht angewandt haben, um diejenigen, welche diese Wechsel an sie übertrugen, ge-

nau kennen zu lernen. Es ist bekannt, daß wenn man Effecten, von welcher Art sie auch seyn mögen, an sich nimmt, man in die Stelle desjenigen tritt, der sie überträgt, und daß man folglich wenigstens von seiner Rechtlichkeit überzeugt seyn muß, widrigenfalls man sich freywillig allen mit den Effecten verbundenen Gefahren aussetzt, der Gefahr zur Wiedererstattung verbunden zu seyn, wenn die Effecten gestohlen sind, der Gefahr, die Bezahlung nicht fordern zu können, wenn die Effecten falsch sind, und der Gefahr nur die Zahlung des ursprünglichen Werthes fordern zu können, wenn der Werth verfälscht und vergrößert ist. Ich halte mich auch überzeugt, daß diese Sentenz als nichtig mit der Nullitätsklage angegriffen werden könnte,

L. 1. §. 2 ff. quae sententiae sine.

L. 19 ff. de appellat.

L. 32. de re judic.

denn eine falsche und veränderte Urkunde ist nicht weiter eine Urkunde, worauf die Gerichte ein verdammendes Urtheil gründen, oder die Vollziehung desselben anbefehlen können. Sie ist weiter nichts als ein Verbrechen, gegen welches sie sich mit der ganzen Strenge des Gesetzes waffnen müssen, und das Urtheil wobey sie zum Grunde gelegt ist, muß eo ipso nichtig seyn. Dieß ist nicht bloß dem Gesetz sondern der Vernunft völlig gemäß, denn von dem Augenblick an, da die Urkunde, wodurch man sich verbindlich gemacht hat, verfälscht oder vermindert ist, kann sie nicht mehr zum Beweise der Verbindung dienen, und wenn man Je-

manden, auf einen, aus einem solcher Urkunde hergenommenen Beweis verurtheilen wollte, so würde man gegen die ersten Begriffe von Gerechtigkeit verstoßen, und den Ausspruch thun, daß eine strafbare Hand, Verbindungen, wozu man sich auf Treue und Glauben eingelassen hat, vergrößern könnte.

Ist es nothwendig, daß sich der wahre Eigenthümer des versicherten Schiffes oder der Waaren bey Schließung des Assecuranzcontractes nenne?

---

§. 1.

M hat bey der Assecuranzcompagnie in L auf das Casco eines Schiffes *a)* und auf die darin geladenen Güter eine hohe Summe, gegen eine Prämie *b)*, über

---

a) Versicherung auf Casco ist Versicherung auf den Körper des Schiffes. Ist die Assecuranz darauf, daß er Zubehör, Geräthschaften, Ausrüstungen und Victualien oder auf einen Theil davon geschlossen, so muß der Werth in der Police taxirt werden.

Ordonnance de la marine L. 3. tit. 6. art. 18.

Vergl. zugl. Amsterd. Assec. O. art. 8.

Copenhagner A. O. art. 1.

Hamburger A. O. p. 53.

Rotterdamer A. O. art. 21.

b) Die Prämie, Belohnung welche der Assecurator empfängt, kann nach dem Belieben des Contrahenten, ohne

welche

welche man einig geworden ist, versichern lassen. Das versicherte Schiff und die gesicherten Güter gehören jedoch eigentlich dem P, dessen aber bey Schließung der Assuranz überall nicht erwähnt ist, indem die ausgefertigte Police c) lediglich den M benennt. Es

---

Rücksicht auf ein gesetzliches Zinsquantum bedungen werden. Sie bleibt ihm allemal, was auch immer der versicherten Sache begegnen mag, und verbindet ihn dagegen, für allen in der Police begriffenen Schaden und Verlust einzustehn.

Beneken System des Assecuranz = und Bodmerey= Wesens, B. 1. S. 1. 377. 428. 436. u. f. w.

John Weskett theory Law and Practica of Insurances in alphabetical ordre sub artic. dict.

c) Die Police ist das Instrument, vermittelst dessen der Contract zwischen dem Assuradeur und Assecuraten vollzogen wird. Im Allgemeinen kann man annehmen, daß das Wesentliche in dem Folgenden besteht: 1) Der Nahme desjenigen, für welchen die Assecuranz gethan wird; 2) der Nahme des Schiffs und des Schiffers; 3) Bestimmung des objecti assecurati; 4) der Nahme des Ortes, wo die Güter geladen sind, wohin sie gehen, und wo das Schiff anlaufen mag; 5) die Zeit, wenn das Risico anfängt und aufhört; 6) alle verschiedene Gefahren, die der Assuradeur übernimmt; 7) die Prämie, deren Empfang in England im voraus bescheinigt werden muß; 8) alle besonders verabredeten Clauseln und Bedingungen; 9) Tag, Monat und Jahr, wenn ein jeder Assuradeur die Police gezeichnet hat. — Die Hamburger A. O. erfordert noch den Nahmen des beeidigten Mäklers, durch den die Assecuranz geschlossen ward.

Hamb. A. O. tit. I. art. 5.

entsteht hierauf Haverey *d*) und nun meldet sich P, fordert von der Assecuranzcompagnie Entschädigung aus

---

Obgleich die Police ein feyerlicher Contract ist, und sonst Verträge von beyden Theilen unterschrieben werden, so unterzeichnet doch der Assecuradeur sie allein, der daher auch in England nur der Unterzeichner genannt wird. Wenn nun aber auch die assecurirte Unterschrift nicht nöthig ist, so ist er dennoch zu dem, was ihm obliegt, eben so sehr verpflichtet, als wenn er seine Unterschrift hinzugefügt hätte.

Beneken a. a. O. 21. Th. S. 4 ff.

Weskett. l. c. sub art. dict.

Franc. Stypmann. Jus marit. p. 4. c. 7. no. 385 — 425.

d) Haverey und Beitrag sind in Seesachen Synonyme, und bedeuten die Ausgleichung eines Verlustes zwischen den Eignern der Güter, die in einem Sturm über Bord geworfen sind, um das Uebrige nebst dem Schiff und dem Leben der Menschen zu retten, und den Eigenthümern der geborgenen Güter und des Schiffs. Die genaue Beschreibung und Unterscheidung der Haverey ist folgende. Haverey bedeutet die Schicksale und Unglücksfälle, die dem Schiff und der Ladung von der Zeit des Ladens und des Seegelns an, bis zu der Zurückkunft und dem Löschen zustoßen. Sie ist dreyartig:

1) Die einfache oder besondere Haverey, welche in den außerordentlichen Unkosten besteht, die das Schiff allein, oder die Waare allein angeben. Dahin gehört der Verlust von Ankern Masten und Tauwerk, durch gewöhnliche Zufälle der See veranlaßt, der Schade, der den Waaren durch Sturm, Wegnahme, Schiffbruch, Näße und Verderb zustößt, welches Alles derjenige, der den Schaden litt, tragen muß.

einer Police, documentirt sich als dominum assecurati, thut dar, daß der in der Police benannte Asse=

---

2) Die große und gemeine Haverey, Große oder Generale genannt, oder die zum gemeinen Besten, zur Sicherheit und Erhaltung der Waaren und des Schiffes verwandten Unkosten, und der erlittene Schaden des Schiffes, der Güter oder beyder, welches folglich das Schiff die Ladung und die Fracht tragen, und auf das Ganze vertheilt und regulirt werden muß.

3) Die kleine Haverey oder Havery ordinaire, wohin die Unkosten gehören, das Schiff in oder aus dem Hafen Buchten oder Flüßen zu bugsiren und zu lootsen, ingleichen die andern Hafenunkosten, von denen ein Drittheil dem Schiff, und zwey Drittheile der Ladung zur Last kommen. Auch bedeutet es eine kleine Abgabe, welche Kaufleute, die in eines Andern Schiff laden, dem Schiffer über die Fracht, für die Aufsicht auf die Güter bezahlen.

4) Wenn die Kosten, die eigentlich zu der kleinen Haverey gehören, außerordentlich, d. i. zum gemeinen Besten des Schiffes und der Ladung gethan worden, und auf der gewöhnlichen Reise nicht gebräuchlich sind, so werden sie zu der Generalen Haverey gerechnet.

Velin. comm. 2. 82. 163. 191.

Beneken a. a. O. 1. B. S. 86. ff.

Weskett a. a. O. sub. dict. art.

Kellinghusen diss. de discrimine tempestatis marinae (praes. I. H. Böhmer) §. 23 sq.

Schröder diss. de Avario (sine Präs.) Th. 5 sqs.

Ladehoff diss. de discrim. Havariarum (präs. Frikke) §. 3 sqq.

Soltan diss. de eo quod justum est circa Havariam particularem (präs. Zoller.) §. 2 sqs.

K 2

curatus M bloß sein Mandatarius gewesen sey, und rechtfertigt sein Verlangen, Ersatz von der Assecuranzcompagnie zu erhalten, damit:

> „daß in der Police zwar nur M als Versicherter genannt sey, inzwischen es ausdrücklich heiße,“ Wir versichern an M oder wen es sonst ganz oder zum Theil angehen möchte ꝛc.“

und er nun jetzt als ein solcher sich legitimire, den es ganz oder zum Theil angehe.

§. 2.

Die Assecuranzcompagnie aber verweigert, sich mit P überall einzulassen, und führt zur Rechtfertigung an, daß in der Police lediglich des M Erwähnung geschehen sey, der als Versicherter allein benannt sey. Es hieße zwar in derselben „oder wen es sonst ganz oder zum Theil angehen möge,“ es sey aber dieser Ausdruck nur als ein Theil des gedruckten Formulars anzusehen, das auf alle Fälle, und mithin auch auf den, wenn z. E. sich M sofort als Mandatarius des P genannt hätte, passen müßte, welches aber jetzt, da M sich nicht als Bevollmächtigter von P angegeben, oder sich benennen lassen, unterbleiben müßte. Sie habe überdieß von M eine große Summe an Prämien noch zu fordern, mit dem sie zu compensiren sich befugt halte, und wenn man jetzt ihr den P als Contrahenten unterschieben wolle, so verlöre sie exceptionem compensationis, welche ihr um so wichtiger sey, da

M sich in zerrütteten Vermögensumständen befände, und sie, sofern sie diese Einrede jetzt nicht wirksam machen könne, ihre Forderung ganz ohne alle Hoffnung verloren sehen würde.

§. 3.

Der Controverspunkt, welcher die oben aufgestellte Frage in sich faßt, liegt also hier darin:

„Hat die Assecuranzcompagnie nur mit M zu thun, weil die Police ihn als proprio nomine contrahirend darstellt, und nicht seine Qualität als Mandatarius erweiset?“

Oder muß die Formel: „oder wen es sonst ganz oder zum Theil angeht,“ sie dem Rechte nach verbinden, sich mit P einzulassen?

§. 4.

Die für die Assecuranzcompagnie sprechenden Gründe können, wie ich glaube, nur die Folgenden seyn:

1) Es verpflichtet nach gemeinem Recht derjenige, welcher in seinem eigenen Nahmen contrahirt, nur sich selbst, und nicht den ungenannten Dritten, kann auch für diesen keine Rechte erwerben.

L. 126. §. 2. in fin. ff. de v. o.

L. 73 ff. de reg. i.

L. 11 ff. de obl. et act.

Schmidts Commentar zu seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 3. B. §. 204.

2) So wie es einem Versicherten wichtig ist, den Versicherer, mit welchem er contrahiren soll, zu kennen, um nach dem persönlichen Charakter, und nach den Vermögensumständen desselben seinen Willen und seine Fähigkeit zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen zu beurtheilen, so ist auch umgekehrt dem Versicherer sehr daran gelegen, von dem Versicherten hinreichende Kenntniß zu haben, da sehr oft der persönliche Ruf des letztern der einzige Maßstab ist, wonach der Versicherer über die Rechtlichkeit des ihm vorgeschlagenen Geschäfts urtheilen kann, er auch von den Vermögensumständen des Versicherten unterrichtet seyn muß, wenigstens da, wo es Gebrauch ist, demselben die Prämie zu creditiren, um sich über diesen Credit bestimmen zu können.

Beneken a. a. O. Zweyter Band, p. 1 ff.

3) Die Assecuranzcompagnie steht in dem Glauben, lediglich mit M contrahirt zu haben. Sie hat gegen diesen die wohlbegründete Einrede der Compensation, und würde sie verlieren, wenn ihr ein anderer Contrahent untergeschoben würde, weshalb sie sich mit der exceptio doli generalis schützen, und mehrere rechtliche Gemeinplätze für sich anführen kann.

4) Daß im vorliegenden Fall aus oben angegebenen Gründen die in der Police benannte Formel: „Wir versichern an M oder wen es sonst ganz oder zum Theil angehen möge“ ohne Effect bleiben müsse. (§. 2.)

5) Der Assüradeur ist hier Debitor. Die benahmte Clausel ist eine alternative Formel, und nach mehreren Gesetzen steht es dann im arbitrio debitoris, wem er die Zahlung leisten will. §. 34. Inst. de act. „promissoris est electio." l. 10. §. ult. ff. de Jure dot. „rei electio es tcui praestet." arg. l. 34. §. 6. de Contr. E. V. „Si emtio ita facta fuerit est mihi emtus Stichus aut Pamphilus, — in potestate est venditoris, quem velit dare: sicut in stipulationibus. Reg. 70 in 6to." in alternativis seu disjunctivis debitoris est electio. Und eben das geht hervor aus

§. 4. Inst. de inutil. stip.

L. 10 ff. de solut.

L. 6. §. 1 ff. de jure patron.

L. 56. §. 2 ff. de v. o.

L. 12. §. penult. ff. de solut.

L. 57. §. 1. ib.

§. 5.

Hiergegen aber ist gegründet einzuwenden:

1) Daß die bey andern Contracten geltende Regel des gemeinen Rechtes, daß der, welcher in seinem eignen Nahmen contrahirt, nur sich selbst und nicht den ungenannten Dritten verpflichte, noch Rechte für ihn erwerbe, sehr unrecht auf den Assecuranzcontract angewandt werde. Die Natur dieses Contractes erfordert eine Ausnahme von jener Regel, welche der Handlungsgebrauch ihm auch zugestanden hat, und die aus

gemeinem römischen Recht hergenommenen Vorschriften von der Natur der Stipulation können hier nicht in Anwendung kommen. „Initio igitur videamus" sagt Poppe, de decis. lit. Assec." — an lites de Assecuratione motae ex jure Iustinianeo sint decidendae? Quod quamvis à multis ne in dubium quidem sit vocatum, prorsus tamen negandum est. Satis enim constat contractum hunc recentiorum temporum inventum Romanis plane incognitum fuisse. Equidem haud infitias eo, in quibusdam contractibus unum aliquando per adjectum pactum in se recepisse casum fortuitum regulariter alteri ferendum,

(L. 78. §. 3 ff. de contr. e. v.
L. 1. pr. ff. de peric. et com. r. v.
L. 1. Cod. de comm.
L. 6. Cod. de pign. act.)

sed Romanis usitatum fuisse, ut alter alio pacto de rei aut juris translatione non antecedente, atque pro certo praemio, alterius periculum susciperet, id sane nemo probabit, cum neque in Scriptoribus neque in legibus eorum hujus negotii vestigia exstent. Certe nimis levia sunt testimonia veterum auctorum, pro contraria sententia a quibusdam adducta, quod et alii jam ostenderunt, et ipsa eorum inspectione satis percipitur. Conventionem autem de trajectitia pecunia et assecurationem neutiquam esse consimilia, multo minus hanc illius speciem dicendam esse, neminem

fugere potest, qui quid utraque agatur vel mediocriter perspexit. Hinc facile est intellectu quaenam auctoritas iis doctoribus tribuenda sit, qui illud fere laborarunt, ut quaestiones de assecuratione propositas ex jure Romano illustrarent atque deciderent. Modo enim contortis argumentis res dissimillimas inter se comparantes, decisiones dederunt, etsi legum catervo stipatas, juri tamen et aequitati oppido contrarias, modo veram justamque sententiam, ne sine lege loqui viderentur, invalidis rationibus stabilire studuerunt: ne quid dicam de iis qui sic de assecuratione locuti sunt, ut facile appareat, eos, qua de re dissererent, parum intellexisse. Sed animadvertendum est, nos usum juris Romani tantum negare in decidendis controversiis, quae propriam assecurationis naturam attingunt. Lite enim assecurationis causa mota possunt etiam incidere, immo incidunt saepe variae quaestiones, quarum decisio nisi alia ratio obstet, recte ex jure Romano petitur. Multa quoque semper et ubique juste civilibus legibus continentur, quae nostrae conventioni aeque ac aliis conveniunt: et quamvis ea auctoritate Jurisconsulti aut Imperatoris Romani minus indigeant, neminem tamen propterea reprehendamus, quod horum testimoniis praeter necessitatem utatur. De Jure Canonico autem eadem dicenda sunt, quae de jure Romano diximus, cum neque illud de assecuratione quidquam praeceperit." — Das Resultat dieser hier so

gründlich durchgeführten Meinung ist demnach in Beziehung auf das Obige entscheidend.

§. 6.

2) Was den zweyten Einwand betrifft, so ist dagegen zu bemerken, ohne der Präjudicate zu gedenken, welche

Beneken a. a. O. B. I. S. 334. ff.

für die entgegengesetzte Meinung angiebt:

a) Daß so nützlich die Benennung des Versicherten in der Police ist, doch auf der andern Seite oft Gründe vorhanden sind, welche die Verschweigung des Nahmens des Versicherten rathsam, ja unumgänglich nothwendig machen. Geheimhaltung der Geschäfte ist häufig ein nothwendiges Erforderniß zum Gelingen derselben, und nicht selten hängt der Credit und das ganze Wohl eines Kaufmanns von seiner Verschwiegenheit ab. Daher wird Jemand, der eine Versicherung für eigene Rechnung sucht, den Versicherer oft in Zweifel lassen wollen, ob das Geschäft ihn selbst oder einen Fremden angehe, wer aber für Fremde Versicherung nimmt, der wird nicht selten wünschen, Andern glauben zu machen, das Geschäft gehe ihn selbst an, immer aber wird er es gerathen finden, den Nahmen seines Committenten, so lange es ohne Nachtheil geschehen kann, geheim zu halten.

b) Daß weder die Natur des Assecuranzcontractes, noch die vorhandenen Assecuranzordnungen,

mit Ausnahme einiger wenigen erfordern, daß der Eigenthümer des Schiffes oder der Ladung, den Contract in eigner Person, oder unter seinem eignen Nahmen schließen solle, wie denn auch deshalb

Die Hamb. Ass. O. tit. 1. art. 4. §. 1.

festsetzt, daß zwar in der Police der Nahme des Assecuranten erfordert werde, „jedoch auch mit Auslassung des Nahmens dessen, der die Assecuranz thun läßt, die Police bloß an Zeiger dieses gestellt seyn möge."

Cfr. art. 3.

Nec tamen semper necesse est, sagt Poppe, ut verum assecurati nomen in instrumento exprimatur. Ille etiam qui periculum transfert pro arbitrio judicare potest, suone paciscatur, an alterius nomine. Ja Stypmann sagt sogar: quod si *nomen fictitium* sit, utpote si Judaei adsecurationibus inserantur, quod solet fieri depraedationis, quibus ipsarum bona sub Christianis obnoxia sunt, nihilominus valet instrumentum, quum talis dolus pro solertia mercatoria habeatur et licitus sit."

§. 7.

3) Anlangend den Einwand, die Assecuranzcompagnie habe an M Gegenforderungen, halte sich befugt zu compensiren, und würde, da er insolvent geworden sey, ihre Forderung sonst verlieren, so muß auf den ersten Anblick erhellen, daß er gar nicht in Betracht zu kommen verdient, denn

a) der Versicherer muß bey jeder ihm angetragenen Versicherung voraussetzen, daß sie für Rechnung eines Dritten seyn könne. Er muß dem, der die Versicherung bey ihm sucht, nicht mehr Credit geben, als er unter dieser Voraussetzung ihm zu geben geneigt ist, und nicht in der Hoffnung über diese Grenzen hinausgehen, daß er in einem unglücklichen Falle mit seiner Forderung die vorfallenden Verluste werde compensiren können. Kurz er muß in dieser Hinsicht mit dem Kaufmann, von dem er vermuthen kann, daß er so oft Versicherung für fremde Rechnung zu besorgen habe, eben so verfahren, als mit dem Mäkler, dem er Prämien fidirt, und von dem er weiß, daß er nie mit ihm werde compensiren können.

b) Der Versicherer begiebt sich als ehrlicher Mann in der Police aller Einwendungen und Gegenreden, die seinen wirklichen Obliegenheiten entgegenstehen, und somit wäre es die große Frage, ob nicht die Assecuranzcompagnie selbst dann, wenn man annähme, daß sie nun mit M zu thun habe, gegen diesen exceptionem compensationis vorbringen könne, da nach einer blühenden Observanz die assecurirte Summe sogleich nach bescheinigtem Schaden bezahlt werden muß, alle Einreden aber ad separatum verwiesen werden.

c) Die wesentliche Absicht des ganzen Assecuranzgeschäftes ist dahin gerichtet, daß der Eigenthümer des Schiffes oder der Waaren gegen alle Gefahr versichert werden soll. Offenbar würde deshalb die Asse-

turanzcompagnie contra bonam fidem et promissa handeln, wenn sie die assecurirte Summe nicht dem nun bekannt gewordenen wahren Eigenthümer P sondern seinem mandatorio M bezahlen wollte, weil sie gegen diesen mit der Compensation durchzukommen sich getraut.

§. 8.

Was den in §. 2. initio benannten Einwurf betrifft, so ist er eben so wenig zu berücksichtigen, denn:

a) Das Vorgeben, daß die Clausel „oder wen es ganz oder zum Theil angeht“ nur ein Theil eines gedruckten, und auf alle Fälle gerichteten Formulars sey, ist selbst thöricht zu nennen, wenn man bedenkt, daß solche gedruckte Formulare durch erfolgte Ausfüllung, Unterschrift des Assuradeurs und Auslieferung an den Assecuraten die Gestalt und Kraft eines eigenhändig geschriebenen, und nach seinem völligen Inhalt genehmigten Contracts erhalten.

b) Die Versicherung für Rechnung, wen es angeht, kann auf jeden angewandt werden, der sein Interesse an dem versicherten Gegenstand beweißt. Dies erhellt aus der Allgemeinheit des Ausdrucks, welcher keine Einschränkung zuläßt, und welcher, weil er keine besondre Person benennt, auf jedes Individuum angewandt werden kann. Die entgegengesetzte Meinung kann nur da anwendbar seyn, wo bestimmte Gesetze für dieselbe sprechen,

Reinhold Friedr. v. Sehme, Einleitung zum Seerecht des Königreichs Preußen. tit. 12. §. 2. p. 37.

Ordonnance de la marine art. 3. (Vergl. jedoch Emerigon. tit. 1. p. 134.)

Dänische Assec. Ordnung. art. 4.

im übrigen aber spricht die Praxis für die obige Behauptung, und die anerkanntesten Schriftsteller unterstützen sie mit den geltendsten Gründen,

Casareg. disc. 4 et 5.

Beneken a. a. O. 21. B. p. 47 sqs.

die um so eher von Gewicht sind, als die meisten übrigen Assecuranzordnungen, allein die Benennung dessen fordern der die Versicherung schließen läßt, ohne irgend eine weitere Erklärung.

§. 9.

Anlangend nun 5) den letzten oben aufgestellten Einwand, so zerfällt er nicht minder, wenn man erwägt:

a) Daß die benannte Clausel den in den Gesetzen vorkommenden Formeln, aus denen eine alternative Verbindlichkeit hervorleuchtet, nicht gleich geachtet werden könne, weil in der Police nur eine Person wirklich genannt ist; die durch den oft angeführten Ausdruck bezeichnete unbekannte Person, aber nicht eher hervortritt, als in dem Augenblick, da der ausdrücklich benannte eingesteht, daß er nur mandatario nomine den Contract geschlossen, folglich für sich selbst keine Rechte erworben habe. Es kann also hier keine alternative Verbindlichkeit seyn, weil nur eine Person da ist.

b) Daß die wahre Absicht jener Clausel weit entfernt ist, auf eine alternative Verbindlichkeit hinzudeuten, auch nicht wie Einige glauben, nur dazu dient, den wahren Eigenthümer zu verbergen, welches sich oft durch weniger allgemeine Ausdrücke erreichen läßt, sondern allem Streite über das Eigenthum der versicherten Sache vorzubeugen.

Beneken a. a. O. 2. B. p. 49.

Aus diesen Gründen, die aus der Natur der Sache hervorgehen, rechtfertigt sich die verneinende Beantwortung der obigen Frage in jeder Hinsicht.

Von der Präscription bey Assecuranzsachen.

§. 1.

Die durch das gemeine Recht bestimmten Verjährungsfristen sind durch die Dispositionen mancher Particularrechte verändert, und größten Theils in engere Schranken gebracht, besonders da, wo die nach sächsischem Recht obwaltende Verjährung von Jahr und Tag Statt findet. Der Grund dieser kurzen Verjährungsfristen liegt theils in der Begünstigung des Handels, theils in dem Favor, welchen die Sache in jure hat, wohin unter andern als causam liberalem betreffend, die Bestimmungen des Hamburgischen Rechtes in L. 1. tit. 2. art. 2. und im Lüb. Recht L. 1. tit. 3. art. 3 gehören.

§. 2.

Dieser dem Handel einzuräumenden Begünstigung wegen, haben schon ältere Rechtslehrer angenommen, daß Handelssachen summarisch zu behandeln wären,

Fibigius in process. p. 2. cap. 1. sect. 1.

Mev. decis. p. 5. dec. 106.

Martini ad ord. proc. Sax. in rubr. no. 94.

und

und daß eine jede unnöthige Verzögerung des Processes bey solchen Gegenständen auf das sorgfältigste zu vermeiden wäre, indem sie argumentiren, daß, da die Absicht des Gesetzgebers aus der anberaumten kurzen Verjährungsfrist erhelle, man auf jedem Wege diese zu erfüllen suchen müsse.

§. 3.

Insonders haben Einige dies auf den Assecuranzproceß angewandt wissen wollen, und in den Hamb. Adreßcomtoirnachrichten vom 3ten Nov. 1796 ist hierüber ein bedeutendes Wort zu lesen.

Die Assecuranz als eine für sich bestehende Abtheilung der praktischen Jurisprudenz, folglich als eine Ausnahme vom gemeinen Recht, darf nicht nach dem ordentlichen Proceß durchgeführt werden. Dies ist zu weitläuftig, denn Ehre und Vermögen, und wenn man das peinliche Recht dazu zählt, auch das Leben des Bürgers steht auf dem Spiel. Mögen Einzelne darunter leiden, das Ganze gewinnt bey dem Verzuge. Nicht so bey der Assecuranz. Die Objecte sind größten Theils mäßige Summen, und die Subjecte vermögende Leute. Das Wohl der Handlung heischt Beschleunigung, — rasch sey daher der Proceß, und strenge nach den Gesetzen des Ausspruchs des Richters. Allein executiv darf doch der Assecuranzproceß nicht seyn. Die Police als der Contract, welcher den Entscheidungsgrund liefert, ist kein solches instrumentum

quarentigiatum, wie der Wechsel, und kann es auch nicht seyn, denn sie ist nicht so kurz und bündig, ihre beygefügten Clauseln sind willkührlich, und die Ausdrücke derselben ohne die höchste Bestimmtheit gewählt. Beyde Parteyen müssen daher vollständig gehört werden, ehe der Richter entscheiden kann, und somit bleibt denn nur noch der summarische Proceß übrig, da ohne strenge Beobachtung der sonst gewöhnlichen Solennien, nach kurzen Fristen entschieden wird. Dies ist, so wie im Allgemeinen bey Handlungsgeschäften und Gewerben, so insbesondre bey der Assecuranz gesetzlich vorgeschrieben, allein der Proceß bey dem Admiralitätsgericht a) ist nicht genug summarisch, und nur wenig vom ordentlichen Proceß unterschieden. Weislich versagt zwar das Admiralitätsgericht die Revision, allein wenn die Sache durch ein interlocut an das Obergericht gelangt, so wird die Revision verstattet, und die Acten verschickt, wo denn oft eine Juristenfacultät über eine Sache entscheidet, die besser an Ort und Stelle hätte entschieden oder verglichen werden können. Dem Kaufmann liegt Alles am Gebrauch seiner Zeit, und

---

a) Die Admiralitätsgerichte haben die Gewalt alle Seestreitigkeiten zu untersuchen, welche sonst ihrer Natur nach zu dem Erkenntniß des gemeinen Rechts gehören, weil sie aber auf dem hohen Meer veranlaßt werden, vor einem besondern Gericht geschlichtet werden müssen. Alle Sachen, welche vor die Admiralität gehören, müssen daher gänzlich auf dem Meere, und nicht in dem Bezirk irgend eines Landes entstanden seyn. Die Procedur dieses Gerichtes hat viele Aehnlichkeit mit den

an einer schleunigen Entscheidung zur Richtschnur ähnlicher Fälle, die vorzüglich bey Assecuranzen so oft wiederkehren. Wie viel leidet nicht Er, wie viel leidet das Publikum, das der Entscheidung harrt bey diesem Verzug? Wäre es möglich, daß eine gerechte Assecuranzsache durch einen beschleunigten Proceß verloren gehen könnte, die vielleicht im ordinario gewonnen worden wäre, so wäre der Verlust doch geringer, als wenn der Kaufmann nach Jahren sie mit den Kosten gewinnt, sich aber während der Zeit in neue ähnliche Processe hat einlassen müssen, die ihm selbst beym Gewinn, an Kosten, Zeitverlust, und versäumten Conjuncturen mehr Schaden zufügen, als bey der ersten verlornen Sache, wobey er sich aber vor ähnlichen Fällen hätte hüten können, geschehen wäre. Diese Betrachtungen waren es, welche zum Besten der Handlung im Wechselrecht das executivische Verfahren erzeugten, und welche ebenfalls zum Nutzen der Handlung und Schifffarth, bey der Assecuranz, ein strenges summarisches Verfahren nothwendig machen. Dieses ist das Gesetz der Form, die Assecuranzordnung das

---

Gerichten des bürgerlichen Rechts, doch gründet sie sich nicht gänzlich auf dasselbe, auch werden im erforderlichen Falle andere Rechte angenommen und gebraucht.

Vasmes diss. inaug. de admiralitate. §. 4 sqs.

Werlhoff diss. de judicio admiralitatis. §. 3 sqs.

Langenbecks Anmerkungen über das Hamburgische Schiff- und Seerecht suppl. V. p. 310 — 330.

Gesetz der Norm, und beyde müssen übereinstimmen, einen Zweck beabsichtigen, und auf das genaueste mit einander verbunden seyn. Die dilatorischen Einreden würden dann eingeschränkt, kein Verzug, und folglich auch keine Appellation dabey verstattet. Wenn ferner das Admiralitätsgericht vor dem Anfang des Processes, durch ein Gutachten über den Zufall entschiede, so hätte dies vielfachen Nutzen. Die Thätigkeit der guten Mannschaft b) könnte um so wirksamer seyn, den Parteyen käme dadurch die vorläufige Meinung des Gerichts zur Wissenschaft, und würde sie um so mehr zum Vergleich geneigt machen, manche würden keinen Proceß anfangen, wenn sie nicht durch evidenten Gegenbeweis, die Angabe der Seeleute und der Verklarung c) entkräften könnten. Die Verklarung selbst

---

b) Alle streitige Sachen müssen, ehe sie bey der Admiralität eingeklagt werden, sofort als der Schade bekannt ist, und die Documente beyhanden zu bringen sind, ohne Aufschub an gute Männer gebracht, und innerhalb 2 Monaten entweder von ihnen entschieden werden, oder dem Assecurirten frey stehen, nach abgelaufener solcher Zeit die Assecuratus gerichtlich zu belangen.
H. A. O. tit. 19. art. 1 sqs.

Streitig ist es, ob man von dem Urtheil der Dispecheurs an das Urtheil guter Männer appelliren kann, oder ob der Kläger gleich berechtigt ist, von der Admiralität mit Vorbeygehung der guten Männer die Exeliction der Police zu suchen? Eine Frage, mit deren Beantwortung ich mich an einem andern Orte beschäftigen werde.

c) Verklarung, protestus maritimus, ist eine eidliche Erklärung, welche gemeiniglich von dem Schiffer und einigen seiner

würde bestimmter, die Seeleute aufmerksamer auf das, was sie beschwören sollten, und daher die Eide weniger leichtsinnig abgelegt werden. Die Sachwalter dürften dann nicht ihre willkührliche Meinung als Grundsatz aufstellen, und darnach das Gesetz bearbeiten, sondern fänden in diesem und dem vorläufigen Gutachten sachkundiger Männer ihre unüberreichbare Richtschnur. Ich kehre von dieser Digression zu der vorliegenden Hauptsache zurück.

§. 4.

Die oben gedachte kurze Verjährungsfrist findet auch bey Assecuranzsachen Statt, worüber die H. A. O. tit. 17. art. 1. vorschreibt. „Wenn ein Schaden oder nur eine Haverey entsteht, oder die Prämie wieder ristornirt werden soll *a*); so muß solches, wenn den

---

Leute vor einem Richter, Notarius oder Consul an jedem Ort, wo sie zuerst anlangen, abgefaßt wird. Sie geben darinn von ihrer Fahrt, von dem schlechten Wetter, welches sie hatten, oder von andern Zufällen, die ihnen begegnet sind, Nachricht, und zeigen auch an, was sie für Vorsicht angewandt haben, die übeln Folgen, welche aus diesen Zufällen zu befürchten waren, zu verhüten, nebst ihren Beweggründen in einen andern Hafen, als wohin sie bestimmt gewesen, einzulaufen. Das Wort Verklarung ist aus dem Holländischen hergenommen. (Erklärung).

G. H. Meyersick diss. de protestu maritimo. §. I. nota 3.

a) Es ist eine allgemeine Gewohnheit, daß im Fall zu viel versichert, oder Assecuranzen an verschiedenen Orten ohne Betrug geschlos-

Schiffen und Gütern das Unglück in Europa zugestoßen, innerhalb einer Jahresfrist, sonst aber in den Fällen, die außer Europa sich zutragen, in zwey Jahren, von dem Tage des geschehenen Unglücks an zu rechnen, bey Verlust der Forderung eincassirt, oder wenigstens durch einen geschwornen Makler allen Assecuradeurs in solcher Zeit förmlich angedeutet, und der Tag, da solche Anzeige geschehen, von dem Makler mit eigner Hand notirt werden. Art. 2. Fordert der Assecurirte nach geschehener vorerwähnter Andeutung, in zehen Jahren den Schaden nicht ein, und belangt den Assecuradeur nicht mit wirklicher gerichtlicher Klage, so ist nach Verfließung solcher Jahre dessen Forderung gänzlich erloschen, und der Assecuradeur oder dessen Erben im Geringsten weiter nicht gehalten.

§. 5.

Die Worte der A. O. disponiren demnach deutlich, daß der Verlauf von zehen Jahren hinreiche, die

---

sen worden, die erste für gültig geachtet, und von den letzten Assecuradeurs die Prämie zurückgegeben (ristornirt) werden soll, doch so, daß sie für ihre Mühe, Rechnung darüber zu halten, ½ Procent kürzen.

Stipmann Jus marit. p. 4. c. 7. no. 508.

Kurike diatribe de assec. 834. p. 5.

Loccenius jus marit. L. 2. c. 5. p. 8.

Weskett führt a. a. O. sub. art. dict. zwölf Fälle an, in denen die Prämie zu ristorniren ist.

aus dem Assecuranzgeschäft entspringenden Klagen zu verjähren. Ueber das decennium als terminum praescriptionis selbst ist kein Zweifel, über den terminus a quo ist einiges zu bemerken. Die hier entstehenden Zweifel lassen sich aber am ersten beseitigen, wenn man den terminum indicandi damnum, dessen der art. 1, und den terminum praescriptionis actionis, dessen der art. 2. gedenkt, erwägt.

§. 6.

Ueber den ersten ist in tit. 16. art. unic. disponirt: „Sobald ein Schiff geblieben, oder als eine unstreitige Prise a) aufgebracht worden, und die Nachricht eingelaufen, daß nichts von der Ladung geborgen, oder keine Hoffnung zur Wiederfreymachung des Schiffs oder der Güter vorhanden sey, so soll der Assecurirte sofort, als er Nachricht davon erhält, durch den Makler dem Assecuradeur solches anzeigen lassen, und dieser innerhalb zwey Monaten den Schaden, nach gewöhnlichem Abzug der 2 p. C. bezahlen, jedoch daß der

a) Es giebt 3 Arten von Prisen. 1) Schiffe und Güter, welche von Marquebriefen oder nach dem Recht der Repressalien genommen werden; 2) solche, die von Freybeutern oder Seeräubern genommen werden; 3) solche, die von erklärten Feinden genommen werden. Die ersten gehören nach einer gesetzlichen Condemnirung den Nehmern, so wie die zweyten, nachdem dem Admiral davon Nachricht gegeben worden, und mit dem dritten wird nach Gutbefinden der Macht, die zu der Wegnahme berechtigt, verfahren.

Schaden vorher mit allen nöthigen Documenten belegt, erwiesen werde." Im beregten art. 1. tit. 17. ist diese Verbindlichkeit näher bestimmt, und der Unterschied gebildet, ob der Schade in Europa, oder außerhalb desselben sich zugetragen habe, indem im ersten Fall dem Assecurirten einjährige Frist, im andern aber zweyjährige verstattet ist, den Schaden dem Assecuradeur anzuzeigen. Diese Zeit beginnt a momento damni contingentis, und wenn der Assecurat die Anzeige vernachläßigte, so kann ihm R. i. J. nur aus den wichtigsten Gründen ertheilt werden, weil dieser Termin sub poena amissionis gesetzt ist.

§. 7.

Was den zweyten Termin anlangt, den der Verjährung der Klagen selbst, so bestimmt art. 2. darüber: Fordert der Assecurirte nach geschehener vorerwähnter Andeutung in zehen Jahren den Schaden nicht ein, so ist u. s. w. Die Worte: „nach geschehener vorerwähnter Andeutung" zeigen den terminum a quo, von dem die Verjährung zu laufen beginnt, deutlich an, und für diese Meinung streiten nicht bloß die Worte des Gesetzes, sondern auch die Gründe der Vernunft.

Der Gesetzgeber konnte nur tempus damni contingentis, oder tempus scientiae, oder tempus indicationis als terminum a quo annehmen. Was den ersten betrifft, so würde es unbillig und hart gewesen seyn ihn anzunehmen, denn es wäre gegen alles Recht und gegen alle Billigkeit dem Assecuraten die Zeit, wo er den Schaden noch nicht wissen konnte, in die Verjährungs-

frist mit zu computiren. Was den zweiten anlangt, so würde die Präjudicialfrage, wann der Versicherte die Kenntniß des Schadens erlangt habe, neue Streitigkeiten veranlassen, und am Ende nur durch Eidesdelation entschieden werden können, welches, wo sie vermieden werden kann, niemals zu statuiren ist. Alles dies fällt aber bey dem vom Gesetzgeber nach der höchsten Billigkeit angenommenen terminum indicationis weg. Es war weder unbillig, ihn anzunehmen, noch werden Ungewißheiten dadurch veranlaßt. Die Worte des Gesetzes sprechen sich auch hier so deutlich aus, daß man ihnen nicht einmal gewaltsam einen andern Sinn unterschieben kann.

§. 8.

Entgegengesetzt verfügt die Rotterdammer und Amsterdammer Assec. Ordnung, welche letzte art. 38. bestimmt: „Ende sullen alle Actien von Schaden an Avareyen Große am Scheepen en Goederen geintenteert moeten worden ten langsten binnen dee tydt van een en half Jahr wanneer de Rampen en Schadens zye vorgefallen, binnen de Limiten van Europa als hier voor bey art. 29. is bepaalt, maar beyten die Limiten verder zyede geschied, sullen de Actien binnen dee tydt van drie Jaarn möten werden geintenteert, en geregtigkyt vervolgt, en voortgehet op poene van verstek.“ Nach dieser beginnt also die Verjährungsfrist a tempore contingentis, und ganz nach den Grundsätzen des römischen Rechts, nach welchem die Verjährung einer

M

Klage, von dem Augenblick an zu laufen beginnt, da das Klagerecht anhebt,

L. 1. §. 2. Cod. de annal. except.

welches, wie von selbst erhellt, bey Assecuranzsachen, von dem Augenblick, da der Schade sich zutrug, beginnt. Inzwischen hat beydes, wie begreiflich, keinen Einfluß auf die Bestimmungen der H. A. O., und die Meinungen der Schriftsteller, welche eine hiermit nicht conforme Behauptung wagen,

Langenbecks Anmerkungen zum Hamb. Schiff- und Seerecht. Suppl. 6. §. 97. p. 419.

Magers Versuch über Assecuranzen, Havereyen und Bodmereyen, Sect. 1. c. 58.

müssen völlig unberücksichtigt bleiben.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Buchholz, Carl August

Versuche über verschiedene Rechtsmaterien mit besonderer Hinsicht auf dabey vorkommende Controverse

Lübeck 1808

J.rom.m. 75 b
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566514-5